



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - PROSGRAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR

ORLANDO SAMPAIO DE ALMEIDA MONTEIRO DA SILVA

**A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROMOVER A
TUTELA COLETIVA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

São Cristóvão/SE
2018



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - PROSGRAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR**

ORLANDO SAMPAIO DE ALMEIDA MONTEIRO DA SILVA

**A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROMOVER A
TUTELA COLETIVA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Flávia Moreira Guimarães Pessoa.

São Cristóvão/SE
2018



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - PROSGRAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR

**A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROMOVER A
TUTELA COLETIVA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca examinadora: _____
Prof^a. Dr^a. Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Prof^a. Dr^a. Karyna Batista Sposato

Prof. Dr. Giovanni Olsson

São Cristóvão/SE
2018

AGRADECIMENTOS

Agradecer não consiste em condescendência oportuna nem em autocomiseração conveniente. Trata-se de reflexão sobre o caminho percorrido e sobre aqueles que nos ajudaram a trilhá-lo.

Inicialmente, agradeço a Deus por ter me conferido a saúde e a pujança necessárias à travessia dessa fase de minha vida. Sem Ele, não haveria caminho a trilhar.

Aos meus amados pais, Maria Sampaio de Almeida e Orlando Monteiro da Silva, perenes referenciais de meu caráter e de minha conduta. Colaboraram diretamente para a concretização desse trabalho. Não somente pelos atos e palavras de estímulo, mas, sobretudo, pela brandura em face dos momentos de ausência.

À minha avó Ana Cardoso, por ter me ensinado, ainda em tenra idade, a tudo fazer com esmero, a tudo colocar de si em cada objetivo. Ao meu avô Manoel Messias Ventura, por me proporcionar uma das mais importantes lições: terminar, com tenacidade, o que se inicia. Sempre me guiou e sei, com absoluta certeza, que continua a fazê-lo de onde está.

A toda a minha família pelo amor e suporte incondicionais. Ela, em especial, me dotou da energia imprescindível à travessia que me propus.

À Professora Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa, minha orientadora, pela disposição em me nortear durante todo o mestrado e, especialmente, durante a construção da presente dissertação. À Professora Doutora Karyna Batista Sposato e ao Professor Doutor Giovanni Olsson, pela imediata aceitação em compor à banca de defesa, bem como, principalmente, pelas inestimáveis observações feitas, as quais elevaram a qualidade final do trabalho.

Ressalto, ainda, o valor da contribuição dos colegas do Programa de Pós-Graduação da UFS, não somente pelo incomensurável senso de coletividade, mas, também, pelo alto nível de discussão e estudo ao longo de todo o mestrado. Ademais, agradeço a todos os demais professores do programa, em especial àqueles que tive a honra de ser aluno. Todos, sem exceção, contribuiriam para a realização e o aprimoramento do presente trabalho.

Quem elegeu a busca, não pode recusar a travessia...

João Guimarães Rosa

RESUMO

A criação de mecanismos específicos que possibilitem a tutela coletiva de direitos metaindividuais representou a necessária superação do paradigma individualista de processo civil e de acesso à justiça. De outro lado, a previsão legal de órgãos legitimados ao ajuizamento de ações coletivas se insere no transcurso de democratização do acesso à justiça, fenômeno este que os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth denominaram de segunda e terceira ondas renovatórias do acesso à justiça. Nesse contexto, a Defensoria Pública, no exercício de sua vocação constitucional, se encontra em constante contato com grupos sociais vulneráveis, cujo estado de necessidade transcende a seara econômica. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 3943/DF, consolidou o entendimento de que a Defensoria Pública tem legitimidade coletiva para fins de tutela coletiva de todas as espécies de direitos metaindividuais, desde que em situações que se harmonizem com o respectivo regime jurídico-constitucional. Conquanto a legitimidade defensorial tenha sido positivada na Lei nº 7.347/85, assim como reputada constitucional pelo STF, persiste discussão no que toca à extensão dessa legitimidade e, igualmente, à sua compatibilização com o critério de vulnerabilidade econômica, em especial no âmbito dos direitos difusos. Assim, o presente trabalho busca examinar essas indagações no que concerne, especificamente, à tutela da moralidade administrativa e o respectivo dever de probidade, mediante o ajuizamento de ação civil pública correlata. A discussão parte da premissa de que o direito à moralidade administrativa é difuso e de que o processamento de atos de improbidade tem lugar por meio de ação civil pública, de modo que se questiona se a legitimidade coletiva defensorial se estenderia a esta, embora a Lei nº 8.429/92 não a insira no elenco de legitimados.

Palavras-chave: Tutela Coletiva. Moralidade Administrativa. Dever de Probidade Administrativa. Defensoria Pública. Acesso à Justiça Democrático.

ABSTRACT

The creation of mechanisms for collective tutelage of diffuse rights represented the overcoming of the individual paradigm which was the base of the access to justice. This is a conceptual enlargement that is based on the social discursive participation at the Decision-making political body. Working on the basis that the access to justice aims to protect the fundamental rights, your exercise must be enable towards all the three branches. At this point, the Public Defender institution represents a organism that can provides this type of access to justice. After a long discussion about the existence of the collective legitimation of the Public Defense to use the class actions despite of the normative statement at the Law 7.347/85, the Constitutional Amendment 80/2014 and the judgment of the ADIn 3943/DF by the Supreme Court that certified your existence. In other way, these normative innovations and the alluded judgment just partially made obsolete the discussion, cause some subject still remains, specially about the legitimation to intent civil action whose object relates to administrative impropriety. At this context, should be investigated the Public Defender legitimation, to provides the collective protection of the administrative morality. The study used the premise that the administrative morality is a diffused right, which is judicialized by a collective action, what brings the question about the defensorial legitimation to use it though non-existence express legal base at the Law 8.429/92.

Keywords: Collective Procedure. Administrative Morality. Public Defender. Democratic Access To Justice

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O ACESSO À JUSTIÇA DEMOCRÁTICO E A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL	13
2.1. NOTAS INICIAIS SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA	13
2.2. ACESSO À JUSTIÇA DEMOCRÁTICO. EM BUSCA DE UMA AMPLIAÇÃO CONCEITUAL	22
2.3 BREVE HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL	35
2.3.1 Modelos de assistência jurídica	36
2.3.2 Escorço histórico da Defensoria Pública no Brasil	37
2.3.3 Funções típicas e atípicas da Defensoria Pública	40
2.3.3.1 As funções defensoriais típicas e o conceito restrito de necessitado	42
2.3.3.2 As funções defensoriais atípicas e o conceito amplo de necessitado. A mutação constitucional	44
3 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS	53
3.1. A DISCUSSÃO INICIAL ACERCA DA LEGITIMIDADE COLETIVA DEFENSORIAL	53
3.2 O DEBATE ACERCA DA LEGITIMIDADE COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA À ÉPOCA DA PROMULGAÇÃO DA LEI 11.448/07.....	57
3.3 DEFENSORIA PÚBLICA E TUTELA COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA DEMOCRÁTICO	61
3.4 O JULGAMENTO DA ADIN N. 3943/DF. LINHAS INTRODUTÓRIAS.....	65
3.5 O ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADIN N. 3943/DF. A SUPERAÇÃO DA DISCUSSÃO EM DERREDOR DA LEGITIMIDADE COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA?	72
3.5.1 A ADIn nº 3943/DF e o conceito restritivo de <i>necessitado</i>	73
3.5.2 A ADIn nº 3943/DF e a sistemática de legitimidade na tutela coletiva de direitos metaindividuais.....	79
3.5.3 A extensão da legitimidade coletiva defensorial na seara dos direitos metaindividuais	84
3.5.4 A legitimidade coletiva defensorial e os direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito	85

3.5.5 A legitimidade coletiva defensorial e os direitos difusos.....	96
4 A TUTELA COLETIVA DO DIREITO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O	
ACESSO À JUSTIÇA DEMOCRÁTICO	104
4.1 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	
BRASILEIRO: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	104
4.2 REGIME JURÍDICO DE TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: BASE	
CONSTITUCIONAL E TRATAMENTO LEGAL.....	109
4.3 OS INSTRUMENTOS DE TUTELA COLETIVA DA MORALIDADE	
ADMINISTRATIVA	112
4.3.1 A ação popular e o pioneirismo do texto constitucional de 1988	113
4.3.2 A tutela coletiva da moralidade administrativa por meio de ação civil pública	
.....	118
4.4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE	119
4.4.1 A ação civil pública de improbidade e o microsistema legislativo de processo	
coletivo.....	119
4.4.2 Aspectos procedimentais.....	123
4.4.3 O inquérito civil.....	124
4.4.4 A natureza jurídica das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.....	128
4.4.5 Legitimidade ativa na ação civil pública de improbidade.....	134
5 A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROMOVER A TUTELA	
COLETIVA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	53
5.1 A LEGITIMIDADE DEFENSORIAL SOB O ASPECTO DO ACESSO À JUSTIÇA	
DEMOCRÁTICO	145
5.2 A LEGITIMIDADE DEFENSORIAL SOB A ÓTICA DO MICROSSISTEMA	
PROCESSUAL COLETIVO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA COMO	
OBSTÁCULO INTRANSPOÑÍVEL?	151
5.3 A EXISTÊNCIA DE INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE TUTELA COLETIVA	
DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	156
5.4 PODER DE REQUISIÇÃO E A LEGITIMIDADE COLETIVA DEFENSORIAL ...	160
5.5 A AUTONOMIA DA DEFENSORIA PÚBLICA	164
5.6 AS IMPLICAÇÕES ELEITORAIS E PENAS	168
5.7 O PRECEDENTE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	173
6 CONCLUSÃO.....	178
REFERÊNCIAS	182

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CFRB) representa marco normativo singular no que concerne ao acesso à justiça, seja em sua versão originária, bem como, sobretudo, após as emendas constitucionais nº 45/2004 e nº 80/2014. Pioneiramente, em seu art. 5º, inciso LXXIV, no ordenamento jurídico pátrio, o texto constitucional, no rol de direitos fundamentais, previu expressamente o direito à assistência jurídica – não mais estritamente judiciária – integral e gratuita. Outrossim, com a emenda constitucional nº 80/2014, a Constituição Federal passou a reputar expressamente, em seu art. 134, *caput*, a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida de prestar orientação jurídica aos necessitados, além de defender, individual e coletivamente, os direitos humanos por eles titularizados.

Nesse primeiro momento, concebia-se o acesso à justiça como vinculado ao restrito acesso ao Judiciário. Para efetivá-lo, por conseguinte, bastaria a criação de mecanismos para oportunizar a judicialização de demandas por parte daqueles que, individualmente considerados, fossem economicamente necessitados. Dessarte, a Constituição Federal estabeleceu não apenas garantia de assistência jurídica gratuita integral, como o órgão incumbido de sua concretização, qual seja, a Defensoria Pública. Por outro lado, a alteração estrutural da sociedade originou novas formas de conflito, portanto, a pulverização de danos coletivos.

A partir desse novo contexto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth idealizaram as denominadas segunda e terceira ondas renovatórias de acesso à justiça, a requererem a criação de órgãos especialmente vocacionados à promoção da tutela coletiva, assim como a abertura democrática dos mesmos. Nesse cenário, discute-se a legitimidade coletiva da Defensoria Pública, após sua positivação expressa na Lei nº 7.347/85 e o julgamento da ADIn nº 3943/DF pelo Supremo Tribunal Federal. A ponderação inicial cinge-se à construção de conceito alternativo de vulnerabilidade, a se amoldar ao contexto dos grupos sociais vulneráveis. Assim, a celeuma maior reside na conformação entre a necessidade econômica, enquanto fato gerador da atuação do órgão, com a judicialização de questões ligadas a direitos difusos.

Em face do exposto, o presente trabalho objetiva, precisamente, discutir extensão da legitimidade coletiva da Defensoria Pública à tutela de direitos difusos no que concerne à moralidade administrativa. Afora sua natureza de direito difuso, a moralidade administrativa faz nascer, para a Administração Pública, o dever de probidade administrativa. Com efeito, a

violação desse dever desperta o processamento do respectivo ato de improbidade administrativa, mediante aplicação dos preceitos dispostos na Lei nº 8.429/92.

O problema teórico corresponde à indagação se a Defensoria Pública apresenta, ou não, legitimidade coletiva para promover a tutela da moralidade administrativa por meio da ação coletiva regulada, primordialmente, pela mencionada lei. Outrossim verifica-se que o ato de improbidade, na forma da Lei nº 8.429/92, é judicializado por intermédio de ação civil pública, a despertar interpretação sistemática e teleológica de toda a legislação integrante do chamado microssistema de tutela coletiva. Embora inexista previsão legal na Lei de Improbidade Administrativa, pondera-se a aplicação, na seara da ação civil pública por ato de improbidade, do rol de legitimados previstos no art. 5º, da Lei nº 7.347/85.

A pesquisa afigura-se importante a se constatar o contato cada vez maior entre o Órgão Defensorial e grupos sociais vulneráveis, cuja fragilidade não se adstringe a elementos de natureza econômico-financeira. Constituem agrupamentos que, por circunstâncias peculiares a exemplo de etárias ou relativas a alguma deficiência, necessitam, com maior intensidade, de políticas públicas específicas. Essas medidas estatais dependem diretamente da escorreita gestão de recursos públicos, a qual pode vir a ser prejudicada por atos de improbidade administrativa. A pesquisa, dessarte, apresenta relevância teórica, por discutir elementos da teoria geral do processo coletivo, além de apresentar implicações práticas.

No primeiro capítulo, estudar-se-á o fenômeno do acesso à justiça, sua transição paradigmática e seus reflexos nas funções institucionais da Defensoria Pública. Busca-se, nessa fase inicial, fixar os contornos gerais da instituição e os pontos de debate a respeito do exercício de suas atribuições constitucionais. Além disso, insere-se, na temática, a ampliação conceitual de necessitado enquanto condicionante à sua atuação, sobretudo, na seara do processo coletivo.

No segundo capítulo, utiliza-se a base teórica construída para examinar o entendimento firmado pelo STF na ADIn nº 3943/DF. Nessa parte, o objetivo será delimitar a extensão da legitimidade coletiva da Defensoria Pública, vez que, semelhante ao que se tem em relação aos demais colegitimados, não é irrestrita e está vinculada à assistência jurídica a pessoas necessitadas em sentido amplo. O foco será a legitimidade coletiva na esfera dos direitos difusos, porquanto dotados de amplitude vasta e titularizados de modo indeterminado.

No terceiro, analisar-se-á os principais aspectos em derredor da conceituação de moralidade administrativa, do dever de probidade correlato e, principalmente, do procedimento previsto na Lei nº 8.429/92. Será o momento em que se contextualizarão, sob o prisma da teoria geral do processo coletivo, os principais pontos pertinentes à ação civil

pública por ato de improbidade, em especial, a legitimação *ad causam*.

No quarto e último capítulo, confrontam os aspectos teóricos investigados com antinomias argumentativas de ordem abstrata e prática. Além das objeções apresentadas ao longo de todo o trabalho, nesse capítulo verticalizam-se aquelas que são, usualmente, como antítese à legitimidade coletiva da Defensoria Pública. Entendimentos alicerçados no silêncio legislativo, na existência de instrumentos alternativos de tutela da moralidade administrativa, nas implicações penais e eleitorais do processamento de atos de improbidade, assim como a vinculação estatal da instituição, serão debatidos. Por fim, explorar-se-á *leading case* ocorrido no Rio Grande do Sul, no qual a respectiva Defensoria Pública estadual ajuizou ação civil pública por ato de improbidade em face de possível desvio de recursos destinados a políticas públicas vinculadas a pessoas com deficiência.

A abordagem metodológica do tema será realizada, principalmente, pela via dedutiva, por meio de pesquisa doutrinária nos ramos do direito constitucional, do direito administrativo e direito processual civil, em especial a teoria geral do processo coletivo. Aprofundou-se, também exame de textos legais componentes do microssistema legislativo de tutela coletiva, além de análise da jurisprudência pátria dos Tribunais Superiores.

2 O ACESSO À JUSTIÇA DEMOCRÁTICO E A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

A temática referente ao acesso à justiça apresenta polissemia na medida em que não se pode fixar, de forma uníssona e integral, seu significado no âmbito do Direito. Sua conceituação demanda a necessária contextualização, a fim de que se possa empreender seu dimensionamento semântico. O acesso à justiça, portanto, a depender do ramo do Direito, seja ele processual ou substantivo, ou do enfoque dogmático ou não, se revestirá de acepções distintas.

Por isso, por se tratar de conceito referenciado ao longo de todo o presente trabalho, cumpre delimitar conceitualmente o que é acesso à justiça, na condição de uma das premissas teóricas a serem utilizadas. Assim, o objetivo, nesse primeiro capítulo, é precisamente construir um conceito específico de acesso à justiça vinculado à democracia.

2.1. NOTAS INICIAIS SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Usualmente, ao se tratar do acesso à justiça, o primeiro aspecto vislumbrado é aquele relativo ao acesso ao Judiciário. Exemplo disso é a afirmação doutrinária corrente no sentido de que a Constituição Federal de 1988, em face de seu art. 5^a, inciso XXXV, positivou o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, a se tratar como sinônimos (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 52).

A percepção de que o acesso à justiça essencialmente se refere ou se esgota no ato de judicializar uma pretensão decorre, dentre outros aspectos, do paradigma jurídico adotado no Estado Liberal, mais especificamente da ótica individualista utilizada para conceber as chamadas liberdades públicas. Cumpre ressaltar que embora "liberdades públicas" seja termo repetidamente utilizado para designar os direitos e liberdades individuais, há de se deixar claro que o mesmo não se encontra idene de críticas, sobretudo porque, por regra, toda liberdade necessita, para seu exercício, de algum grau de concessão estatal (SAMPAIO, 2013, p. 119).

Por outro lado, a utilização do referido termo almeja preconizar o fator liberdade dentro do paradigma liberal. Por isso, em sua vigência, os direitos fundamentais¹ eram

¹ *Direitos Fundamentais* aqui entendidos como aqueles direitos que os partícipes sociais devem reconhecer recíproca e democraticamente em momento histórico específico (GALUPPO, 2003. p. 236). Ainda sobre a definição de *direitos fundamentais*, conferir Alexy (2017, p. 131), segundo o qual correspondem a situações jurídicas subjetivas essenciais e imprescindíveis à vida em sociedade.

concebidos enquanto manifestações diretas da liberdade individual ante possíveis intervenções estatais. Por mais que se reconhecesse, como decorrência lógica, a necessidade de uma postura estatal ativa para a implementação de certos direitos, admiti-la era inaceitável em face da aversão da principal classe social emergente – a burguesia – à figura do Estado (HOBSBAWM, 2005, p. 121).

Os anseios econômicos da classe burguesa se amoldavam harmonicamente a um sistema jurídico alicerçado na premissa da completude do direito codificado, em relação ao qual o Estado-juiz se limitasse a aplicar, por subsunção, as normas jurídicas. Assim, não obstante a inexistência de uma construção histórica linear e uníssona do que se pode conceber como Estado Liberal, a se considerar sua adoção em diferentes locais e épocas distintas, é plenamente viável o elenco de suas características interessantes ao presente trabalho (BONAVIDES, 2012, p. 46).

O modelo liberal de Estado de Direito alicerçou-se em uma ótica individualista. Nela, preconizava-se a abstenção estatal com base na ideia de que o homem racional seria capaz de se autodeterminar, a se pretender uma proteção objetiva da liberdade. A lei, na condição de constructo estatal, deveria se limitar a regular o mínimo imprescindível a viabilizar a vida em sociedade (BONAVIDES, 2012, p. 49).

Paulo Bonavides (2014, p. 50) pontua que, embora a classe burguesa ter enaltecido a universalização dos direitos no curso da Revolução Francesa, no momento em que se apodera efetivamente do controle político aquela classe perde o interesse em defendê-la concretamente. Apenas formalmente sustenta a tese universalizante, de modo que, no plano político, emprega-se uma verdadeira ideologia de classe.

O ordenamento jurídico tinha como principal desiderato servir de substrato protetivo de institutos progressivamente utilizados nas relações socioeconômicas, a exemplo daquelas situadas no âmbito dos contratos e da propriedade privada. Vislumbrava-se negativamente qualquer ação estatal capaz de interferir na pressuposta autonomia da vontade e na liberdade individual. Consoante assevera Ingo Sarlet, a liberdade e igualdade meramente formais configuravam formas de blindagem em face da intervenção estatal, mormente em relação às formas contratuais, a deixá-las ao puro alvedrio da suposta autonomia privada da vontade (SARLET, 2015, p. 320).

Com o passar do tempo, o povo, mesmo tendo participado ativamente da revolução francesa, percebe que a limitação do poder do soberano e a positivação, em códigos pretensamente holísticos, de direitos e garantias fundamentais não decorriam de projetos benevolentes ou integradores. Criou-se o mito da lei geral e abstrata capaz de,

concomitantemente, barrar os resquícios do totalitarismo despótico absolutista e conferir a todas as pessoas a condição de sujeito de direitos. Pelo contrário, o desiderato real se revelou muito menos indulgente do que se pensava ser, ou seja, o Estado Liberal buscou, em verdade, conferir segurança jurídica às trocas mercantis e demais operações econômicas no direito privado, bem como possibilitar a criação de um mercado de trabalho profuso em mão-de-obra barata (BONAVIDES, 2014, p. 53).

A igualdade formal e o absentéismo econômico representaram os alicerces sobre os quais se legitimou a exploração do homem pelo próprio homem. Nessa conjuntura, a única intervenção estatal que se admitir era aquele cuja única meta era proteger a segurança individual dos cidadãos (SANTOS, 1988, p. 26).

No âmbito da interpretação e aplicação do Direito, a ideologia liberal serviu de arrimo, dentre outras correntes hermenêuticas, à Escola da Exegese ao Positivismo Normativista. Segundo Alexandre Araújo Costa, enquanto a primeira corrente propugnava um intérprete adstrito à literalidade legal, sem qualquer condição criativa expressa, o positivismo normativista busca reintroduzir o método indutivo na seara da interpretação do Direito, a fim de conferir-lhe caráter científico. Embora caracterizado por uma postura mais ativa do intérprete, o positivismo normativista, no contexto do Estado Liberal, separava o Direito da política (COSTA, 2008, p. 242).

Preconizavam-se, à época, as codificações enquanto documento jurídico a englobar todas as normas possíveis, pretensamente dotadas de completude e coesão inerentes. Através dos códigos, a emergente classe burguesa positivou seus anseios políticos, principalmente aqueles referentes à liberdade e à livre iniciativa. Buscava-se, a todo custo, uma segurança jurídica através de uma fórmula simplória e ferrenhamente defendida, qual seja, a de um código completo e de um juiz como intérprete literal da norma (SCHMIDT, 2013, p. 232).

Ao legislador caberia considerar elementos axiológicos ligados a conceitos políticos, de justiça, éticos e morais, no momento de elaboração e aprovação das leis. Por sua vez, ao juiz incumbiria a aplicação objetiva da norma, sem qualquer análise acerca dos valores subjacentes à norma a ser aplicada (COSTA, 2008, p. 243).

Acreditava-se que, por intermédio do princípio da legalidade e da separação dos poderes, diminuir-se-ia, ao mínimo imprescindível, a regulação estatal sobre a esfera privada. Ressaltava-se a autolimitação como vetor principal da gênese, interpretação e aplicação das normas jurídicas, a significar que somente o povo, por meio de seus representantes, poderia mitigar a liberdade individual (SAMPAIO, 2013, p. 63). Por esse motivo, em regra, no Estado Liberal, concebia-se o Legislativo como instância política principal, visto que,

hipoteticamente, seria o veículo da vontade popular soberana. Em verdade, consistia em subterfúgio para fins de concretização da ideologia da classe burguesa.

Nesse cenário, o acesso à justiça era considerado um direito natural, ou seja, inato à condição humana. Se por um lado tal ótica dificultava limitações amplas a esse direito, por outro o tornava excessivamente restrito e formalista, a marginalizar a sua efetividade. Nessa seara, acesso à justiça significava apenas o direito à judicialização de eventual inobservância de direitos e garantias individuais garantidos legalmente. No entendimento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, consoante a mencionada ótica de acesso à justiça como direito natural, este seria anterior ao próprio Estado, o que significa que não se trataria de dever estatal a sua efetivação, mas apenas a sua salvaguarda em face de outros (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 04).

Aperfeiçoar o acesso à justiça não passava, nesse momento, por prestações estatais no sentido de garantir a igualdade material àqueles sem poder econômico para provocar a atuação do Judiciário, mas pelo refinamento de mecanismos processuais que tornassem a resposta judicial mais célere. O foco era reparar a violação a direitos subjetivos que resultou no ingresso em juízo (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 81-82).

Essa noção individualista do acesso à justiça ainda representa atualmente, no Brasil, obstáculo considerável à tutela de direitos fundamentais dentro de uma visão ortodoxa de processo civil individual. Como aduz Hugo Nigro Mazzilli (2011, p. 145), aplicou-se as diversas facetas da ideologia liberal aos sistemas processuais, a se idealizar os princípios da igualdade formal e dispositivo como cânones do processo judicial. Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 35) ressalta que o objetivo foi inserir a abstrata ideia de igualdade na seara processual, a pressupor uma horizontalidade entre as partes, bem como seriam estas as responsáveis pelo deslinde processual, enquanto ao magistrado seria reservada uma postura passiva de mero expectador e aplicador da lei.

No entanto, a aglutinação de riquezas e a permanência de desigualdades oriundas do Antigo Regime desnudaram o projeto liberal, na medida em que se clarificou o subterfúgio representado pela garantia de igualdade formal. A situação dos menos abastadas e carentes de assistência material para fins de sua própria subsistência não mudou com o advento das declarações de Direito.

A supremacia do Legislativo com fundamento em uma representação, por parte de seus integrantes, impessoal e distante dos anseios populares, logo ruiu ante a constatação de que os interesses burgueses preponderavam em detrimento daqueles típicos das camadas populares (SAMPAIO, 2013, p. 65).

Com efeito, o prisma formal através do qual se vislumbrava o acesso à justiça, no Estado Liberal, resultava na desconsideração de questões como a disparidade econômica entre os litigantes no que diz respeito aos meios para iniciar uma demanda e, também, para custear o seu transcurso. Em relação ao processo judicial propriamente dito, o foco cingia-se à mera exegese abstrata do sistema processual e das normas procedimentais, de modo que eventuais reformas dirigiam-se às normas adjetivas, sem qualquer compromisso com a realidade circundante (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 06).

Diante do exposto, o formalismo inerente ao ideário liberal não se mostrou à altura das mazelas sociais. Logo se mostrou claro que permitir, de forma quase absoluta, a liberdade contratual e de propriedade, significava legalizar a exploração mútua do ser humano. As desigualdades que tanto afligiam a sociedade, desde os tempos absolutistas e remanescentes no período liberal, se tornaram insustentáveis pelo subterfúgio de uma igualdade estritamente formal.

O Estado Liberal se viu compelido a aquiescer em face as mais várias reivindicações da sociedade, tais como a melhoria das condições de trabalho mediante a redução das horas laborativas e da criação de sindicatos. Conforme leciona Paulo Bonavides (2014, p. 42), ficou nítido que se limitar a um rol formal de direitos não era suficiente em uma realidade onde o desequilíbrio econômico imperava. Caberia ao ente estatal, de forma ativa, a efetivação dos tantos direitos listados das diversas declarações inerentes àquele momento histórico.

Na condição de sucessor do Estado Liberal, o Estado Social decorreu das inúmeras revoltas das camadas populares por uma vida digna, na qual a igualdade substancial, por intermédio de uma postura estatal ativa, fizesse frente às excessivas horas de labor ajustadas nos draconianos contratos de trabalho, assim como ao crescimento desenfreado da propriedade improdutiva.

Além disso, foi fruto, também da concessão daqueles que compunham os poderes instituídos, mormente o Legislativo. Percebeu-se o alto grau de ebulição social que as péssimas condições de vida oriundas de um Estado absenteísta ocasionaram, de forma que emergiram legislações trabalhistas e previdenciárias antes mesmo das simbólicas Constituições de Weimar de 1919 e do México de 1917.

Norberto Bobbio afirma que, em um momento inicial, as primeiras legislações prestacionais eram vistas como uma espécie de humanitarismo estatal em relação aos mais necessitados, a obliterar-se o inequívoco caráter de concretização de direitos previstos nos tantos textos constitucionais. Posteriormente, emerge a conclusão de que não se trata de benevolência estatal, mas sim da efetivação dos inúmeros direitos já elencados

normativamente. Essa visão decorria da concepção ainda existente no sentido de que universalização dos direitos fundamentais teria lugar apenas na seara formal (BOBBIO, 2004, p. 87).

Não há de se falar, desse modo, em uma ruptura completa do Estado Liberal, principalmente ao se concluir pela permanência, no rol constitucional de direitos e garantias fundamentais, daqueles direitos tipicamente liberais. Houve, em verdade, uma releitura dos direitos individuais, a conferir-lhes textura social. Por isso, a divisão de direitos humanos em gerações ou dimensões tem a finalidade de um agrupamento didático dos diversos direitos, sem que se possa falar em criações totalmente apartadas da fase anterior (BONAVIDES, 2014, p. 45).

Embora alguns agrupem os direitos pertinentes ao Estado Social em direitos sociais, econômicos e culturais, por regra, eles são sintetizados sob o gênero direitos sociais. Conforme dito, não se trata propriamente de novos direitos, mas sim de uma releitura dos denominados direitos individuais sob o prisma da indivisibilidade dos direitos humanos.

No constitucionalismo social, portanto, transcende-se a visão limitadamente formal da igualdade, a se inaugurar uma concepção substancial da mesma, ao se perceber que conferir tratamento equivalente àqueles que são desiguais nada mais é do que uma forma institucionalizada de perpetuar a assimetria existente. Ademais, torna-se insuficiente o direito à vida unicamente como direito de não ser morto, a se buscar a ideia de um direito à vida digna, o que demanda prestações estatais, como saúde e educação, para sua concretização (RAMOS, 2011, p.122). Não ocorreu, conseqüentemente, uma cisão total entre a ideologia liberal e a social, a se reafirmar o que foi afirmado acerca das concessões em conjunto com os atos de reivindicação.

Sob o viés da hermenêutica jurídica, exteriorizou-se a necessidade de um Direito mais consentâneo à realidade social. Contudo, o enaltecimento da codificação legal, típico do paradigma liberal, dificultava sobremaneira uma atualização normativa, visto que esta dependia de processos legislativos longos e, consoante ainda se presencia, repletos de interesses outros que não a implementação da igualdade material. Lado outro, o arquétipo de um juiz sem espaço criativo no ato de interpretar também representava um obstáculo, porquanto, nesse sentido, ele estaria fadado a uma aplicação autômata de uma legislação anacrônica (COSTA, 2008, p. 242).

A transição para uma concepção social de Estado requereu um novo modelo de interpretação do Direito. Como ao positivismo normativista, emerge, dentre outras correntes, o positivismo sociológico. Se não era possível esperar uma atuação eficiente de um

Legislativo de representatividade duvidosa, a solução seria projetar um viés criativo na atuação do intérprete. Não se tratava de autorizar inovações sem propósito, mas sim de possibilitar ao intérprete a busca por uma interpretação e aplicação da norma em harmoniza com as finalidades sociais desta (COSTA, 2008, p. 262).

Nesse cenário, o acesso à justiça é robustecido, apesar da tendência remanescente em restringi-lo à seara judicial. A crescente compreensão de que a titularização legal de direitos não garantia o seu usufruto satisfatório, sobretudo em relação às pessoas pobres, fortaleceu-se o ímpeto pela concretização dos mesmos, em especial aqueles referente à proteção do trabalho, saúde, alimentação, moradia e educação. Assim, esse enfoque ingressa no estudo do processo civil, a fim de se conjecturar novas técnicas processuais com o escopo de promover justiça social (CAPPELLETTI, 2015, p. 27).

O processo deixa de ser visto como mero instrumento de reprodução de comandos normativos, e sim como ambiente propício a corporificação de direitos mediante um novo modelo de juiz voltado à consecução dos fins sociais da norma. Nessa fase, o acesso à justiça pode ser analisado enquanto programa de reformas judiciais cujo escopo é precisamente a implementação dos direitos sociais (CAPPELLETTI, 2008, p. 116).

As modificações em torno do direito ao acesso à justiça, na transição do paradigma liberal para o social, foram positivas uma vez que se passou a ver o processo não como um fim autojustificável por representar uma concessão estatal para a solução de eventuais violações a direitos e garantias individuais, e sim como um caminho para a concretização de direitos. Entretanto, ambos os estágios de acesso à justiça merecem críticas, particularmente tendo em vista que o conceito que se busca no presente trabalho não coincide com os mesmos.

Até agora, o elenco das características do direito ao acesso à justiça deixou claro que ele foi tratado como sinônimo de acesso ao Judiciário. As preocupações, por conseguinte, circunscreveram-se às técnicas processuais e à incidência de normas procedimentais. Por outro lado, o acesso à justiça pode ser vislumbrado sob outros dois enfoques. Consoante lição de Francesco Francioni, no primeiro, se refere à construção de técnicas processuais em consonância com as peculiaridades do direito material, enquanto no segundo diz respeito à possibilidade de os próprios titulares empreenderem ações no sentido de corporificar seus direitos (FRANCIONI, 2007, p. 107).

A seu turno, Mauro Capelletti (2008, p. 220) aduz que o acesso à justiça pode, também, ser examinado na condição de método de pensamento. Trata-se de prisma analítico decorrente da constatação de que não se pode limitar esse direito à esfera judicial, nem tampouco condicionar a concretização de tantos outros direitos fundamentais ao ingresso

naquela. Compreendê-lo dessa forma significa mudar o foco para os consumidores em detrimento dos produtores, ou seja, para aqueles cujos direitos foram violados mesmo que potencialmente. O âmago da questão deixa de ser a tutela judicial de interesses e passar a ser direcionado para o contexto fora do judiciário.

Ambos os arquétipos de acesso à justiça, portanto, se mostram insuficiente pelo mesmo motivo, a saber, a circunscrição à quadra judicial, a proporcionar a inconsistente ideia de que a concretização de direitos, por intermédio do acesso à justiça, somente pode ocorrer naquela. Conquanto a postura do juiz tenha mudado no Estado Social, ainda sim os sujeitos de direitos foram relegados a um plano secundário. Se no âmbito da ideologia liberal o juiz seria mero autômato reprodutor da lei, na concepção social surge o risco de o Judiciário tomar para o si o papel de materializador primário de políticas públicas, sem, contudo, oportunizar voz àqueles que mais tem interesse nas mesmas: os jurisdicionados.

O acesso à justiça, na ótica do Estado Social, estaria adstrito à noção de um Judiciário encarregado de, de forma distributiva, concretizar direito e garantias fundamentais. Escamoteou-se a premissa de que haveria um consenso social de ordem axiológico no que toca à implementação judicial de direitos (LEAL, 2002, p. 99). Conforme leciona Mauro Cappelletti (2008, p. 230), ter direito ao acesso à justiça, nesse panorama, significava ter a possibilidade de submeter ao Judiciário a pretensão de realização de direitos fundamentais.

Não se está a entrar no mérito a respeito da legitimidade do Judiciário em relação à judicialização de políticas públicas, mas a ponderar que a automatização desse expediente, mesmo em conformidades com os limites interpretativos das normas constitucionais programáticas, pode vir a atrofiar o acesso à justiça, principalmente dos mais necessitados do ponto de vista econômico ou organizacional.

O resultado é a dificuldade de universalização do acesso à justiça como elemento do sistema democrático, a gerar uma forma escamoteada de burocratização estatal. Sendo esta burocratização, à luz do que é referido por Jürgen Habermas, fruto do fornecimento de repostas judiciais autômatas, sem que haja uma abertura democrática propriamente dita (HABERMAS, 1987, p. 110).

Embora o engrandecimento dos direitos sociais e das respectivas normas constitucionais programáticas tenha possibilitado a equalização de prestações estatais em favor do contingente miserável da sociedade, o foco do acesso à justiça remanesceu na seara judicial. Na ótica de António Castanheira Neves, isso significa que o Judiciário passou a ser vislumbrado como o último reduto para as pretensões referentes a políticas públicas insatisfatórias, ou seja, se tornou a instância do poder na qual o indivíduo buscava a satisfação

dos direitos de que se reputa titular. A partir disso, cria-se um projeto de Estado em que, caso não ocorra o suprimento administrativo ou legislativo dos aspectos materiais de vida digna, buscar-se-á o Judiciário para tanto (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 98).

Por isso, mais uma vez, a ideia de acesso à justiça emerge atada à senda judicial, contudo, com a diferença de que há a tentativa de equipará-lo à justiça distributiva. Por conseguinte, nesse entendimento, considera-se observado o direito ao acesso à justiça na medida em que se obtém provimento jurisdicional capaz de suprir a inércia legislativa ou administrativa. No entanto, essa ótica merece a mesma crítica tecida em relação ao paradigma liberal, a saber, a restrição do acesso à justiça ao processo judicial.

Não obstante a âmbito judicial representar aspecto relevante do conceito de acesso à justiça, este não se limita àquele. O direito ao acesso à justiça abrange a viabilidade de um ambiente democrático em que cada integrante da sociedade possa, individual ou coletivamente, postular, perante as instâncias políticas decisórias, questões relativas aos direitos de que se considera titular.

Segundo denota Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1988, p. 25.), não se deve limitar o acesso à justiça ao exercício do direito de ação perante a Justiça o sentido orgânico, mas se deve concebê-lo enquanto situação jurídica subjetiva relativa a todos os Poderes do Estado.

Nessa perspectiva, o indivíduo tem direito a todos meios necessários à realização de todos os direitos fundamentais, não só pelo Poder Judiciário, mas também por intermédio dos Poderes Executivo e Legislativo. Como afirma Robert Alexy, a concretização dos direitos humanos não se limita à atividade de um poder específico, e sim de um complexo harmônico de poderes. Isso significa que todos os poderes são destinatários do direito ao acesso à justiça.

Inclui-se, por conseguinte, no âmbito do exercício do direito ao acesso à justiça o controle social da administração pública. O acesso à justiça corresponde aos instrumentos que possibilitem a efetivação dos direitos fundamentais, a incluir os mecanismos de fiscalização social do Poder Pública, visto que somente uma administração proba é capaz de realizá-los adequadamente.

Ao se reduzir o fenômeno do acesso à justiça a instrumentos de judicialização de demandas, perde-se a oportunidade de criar meios de debate democrático acerca de direitos fundamentais. Adstringe-se, desse modo, o aspecto democrático à mera facilitação irracional de acesso ao Judiciário, sendo que no processo, por mais que coletivo, não se confere voz aos grupos sociais marginalizados. Dessarte, acaba-se por se olvidar a relevância da estruturação de órgãos cujas atribuições institucionais digam respeito fazer com que os pleitos sociais reverberem nos centros políticos decisórios.

De outro lado, a presunção de equivalência direta entre o exercício do direito ao acesso à justiça e o ajuizamento de demandas - individuais ou coletivas - poder resultar em judicialização excessiva. Isso porque a ausência de releitura do acesso à justiça enquanto fenômeno de raiz democrático automatiza os mecanismos de provocação do Judiciário. Por outro lado, ao se aliar o conceito de acesso à justiça à participação social nas instâncias decisórias, no âmbito da tripartição funcional do poder, possibilita-se analisar o conteúdo dos pleitos sociais.

Assim, erigir-se-á, no próximo tópico, um conceito de acesso à justiça democrático. O objetivo é demonstrar que acesso à justiça significa também a possibilidade de participar da esfera pública de discussões e, com isso, influenciar e fiscalizar as instâncias estatais, especialmente no que concerne à moralidade administrativa.

2.2. ACESSO À JUSTIÇA DEMOCRÁTICO. EM BUSCA DE UMA AMPLIAÇÃO CONCEITUAL

A construção de um conceito amplo de acesso à justiça requer simbiose com a noção de democracia. Consoante advertido acima, o objetivo do presente tópico é conceber o acesso à justiça como expressão democrática no sentido de tornar viável a participação das pessoas em um ambiente social de discussão.

Em uma concepção formal e ortodoxa, democracia significa a concretização legítima da vontade de uma maioria mediante mecanismos procedimentais previamente estipulados, a exemplo do que acontece nos processos eleitoral e legislativo brasileiros. O professor Norberto Bobbio (2015, p. 31) ressalta que, uma vez tendo ocorrido o regular encerramento do processo eleitoral, os atos legislativos produzidos pelos representantes eleitos corporificariam, plenamente, a vontade dessa maioria. Todavia, embora dotada de alguma relevância, trata-se de ideia que, se concebida de forma descontextualizada, torna-se pueril ante a realidade.

Conforme expõe Andréa Oliveira (2004, p. 53), dois fatores são cruciais para que se perceba a insuficiência de um conceito formal de regime democrático no Brasil. O primeiro se refere à corrupção tão noticiada nos dias atuais, a qual se capilarizou consideravelmente, a produzir influxos sobre grande parte das instâncias de poder. Nessa perspectiva, não se pode afirmar que os congressistas brasileiros priorizam os interesses da maioria dos cidadãos em face de pretensões de outra ordem, tais como as partidárias e as econômicas.

O segundo se refere à atuação incansável dos denominados grupos de pressão, os quais exercem lobby contínuo junto aos parlamentares. Contudo, tais grupos se referem a categorias específicas, o que significa que nem de longe possuem a representatividade intrínseca a um modelo democrático.

Fica claro que o argumento de uma vontade da maioria integralmente veiculada pelos representantes eleitos é falacioso, a despertar a necessidade de uma concepção material ou substancial de democracia. Sob a ótica substancial, a democracia se relaciona com os direitos fundamentais, sendo estes verdadeiros limitadores do conteúdo das decisões legislativas. Significa dizer que, por mais que formalmente válidos, os atos produzidos pelos representantes eleitos podem vir a apresentar incongruências materiais caso vulnerem direitos e garantias fundamentais.

Não se está a enaltecer, todavia, um total descrédito da democracia representativa nem a propor uma democracia integralmente direta. A impossibilidade material de um regime democrático estritamente direto foi também ressaltada na obra do filósofo Jean-Jacques Rousseau (2006, p. 25-31) ao afirmar que a soberania não poderia ser representada, pois não admite a representação da vontade de um indivíduo por outro.

De fato, se reconhece os obstáculos à obtenção direta de um consenso coletivo, caso se entenda, como afirmou o professor Norberto Bobbio (2015, p. 31), por democracia direta a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes.

De outro lado, para Joseph Schumpeter (1961, p. 313-314), pressupor algum vínculo de legitimidade entre a vontade do povo e as decisões engendradas por seus representantes é uma postura ilusória. O referido autor alicerça seu entendimento em dois pontos, a saber, o de que é inviável erigir uma noção coletiva de bem comum, assim como o de que o ser humano, por regra, age de forma irracional. Desse modo, não se pode esperar que os representantes eleitos venham a sopesar aspectos coletivos ao tomar decisões de cunho político.

Demais disso, não há de se visualizar, segundo ele, a predileção ideológica como fator essencial à adesão a esse ou aquele partido. Partidos políticos seriam, portanto, projetos de poder que se revestiriam do único desiderato, qual seja, o de angariar votos suficientes para a eleição de determinados candidatos (SCHUMPETER, 1961, p. 320).

No entanto, de forma divergente ao raciocínio de Schumpeter, não se está, nesse trabalho, a deslegitimar, por completo, a ideia de democracia, tornando-a mero procedimento instrumental. Desataca-se, desse modo, a democracia em sua vertente substancial, que engloba, consoante idealiza Jürgen Habermas, tanto a procedimentalização das decisões dos

representantes por intermédio de uma esfera pública e racional de participação popular, como também a proteção dos direitos fundamentais (HABERMAS, 2003, p. 176).

Nesse enfoque, cidadão e cidadania deixam de ser vistos somente como atributos dos eleitores, mas como a qualidade de ser humano portador de dignidade e titular de direitos fundamentais. Os cidadãos não recebem de seus representantes as soluções e prestações de serviços, mediante apoio ou reprovação no período eleitoral, mas são copartícipes de projeto mútuo de vida, de modo a permanecerem politicamente ativos entre uma eleição e outra. A vontade popular, portanto, não é meramente algo empírico e verificável por meio de pesquisa de opinião alheia à imprescindível discussão consistente sobre seu conteúdo, nem uma vontade despótica. O povo representa uma pluralidade de valores e pontos de vista, de forma que não há de se falar em um querer popular absoluto (SAMPAIO, 2014, p. 72).

A perspectiva liberal de acesso à justiça expôs a incongruência dessa visão ortodoxa de democracia. Como afirmado em tópico anterior, o acesso à justiça era visto estritamente como a possibilidade de judicializar demandas relativas a supostas violações de direitos, sem qualquer preocupação com a seara extrajudicial ou com as distorções geradas pelo desnível econômico dos eventuais litigantes. Ao Judiciário caberia, em regra, a interpretação filológica da lei, visto a crença de sua soberania decorrente da representatividade intrínseca do Legislativo.

Em última instância, uma postura criativa na interpretação jurídica significaria vulneração da vontade popular que residiria justamente nas leis, porquanto oriundas do Legislativo. No entanto, esse entendimento acabava por desvirtuar o próprio acesso à justiça, porquanto a sensível disparidade econômica existente na sociedade resultava em inviabilização desse direito no que concerne à parcela menos abastada da comunidade.

Dessarte, verificou-se a incoerência de uma democracia pautada unicamente na atividade legislativa como realizadora da vontade do povo. Isso porque essa visão formalista se encontrava em sentido diametralmente oposto à realidade dos fatos. Enquanto se elucubrava a proteção da democracia por meio das leis, e, por conseguinte, com um acesso à justiça restrito ao ingresso em juízo, a parcela pobre da sociedade não conseguia pleitear, judicialmente, a tutela de seus direitos.

A desconsideração dos robustos obstáculos de ordem econômica fazia com que o acesso à justiça, tal como os demais direitos fundamentais na visão liberal, representasse posição jurídica apenas formalmente resguardada pelo ordenamento jurídico. No mundo dos fatos, aqueles cujos direitos eram sistematicamente violados – os menos abastados – não

conseguiam provocar o Judiciário, sobretudo, ante a inexistência de órgãos de assistência jurídica.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao conjecturarem a releitura do acesso à justiça em ondas de renovatórias, destacam a importância da assistência judiciária aos pobres. Segundo os autores, emergiu, na maior parte das modernas sociedades, a preocupação em criar mecanismos aptos a viabilizar o acesso ao Poder Judiciário por parte dos financeiramente deficitários. Salientam, ainda, a importância de advogados, mesmo que custeados pelo Estado, com aptidão técnica para transformar o pleito em uma ação a ser ajuizada (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 72).

A vontade popular, enquanto confluência factível de uma pluralidade de visões de mundo, pode ser aferida legitimamente por intermédio de um ambiente discursivo e comunicativo. Com isso, uma democracia alicerçada em representação política demanda a possibilidade de uma racionalidade discursiva e popular pautada nos direitos fundamentais (ALEXY, 2017, p. 149). A efetivação dos direitos fundamentais, nesse contexto, não prescinde de uma participação popular no processo deliberativo através de procedimentos discursivos estipulados, afinal há que se dar voz àqueles que mais têm interesse em sua concretização. Desse modo, o Poder Legislativo não substitui materialmente a vontade popular, nem muito menos tem a prerrogativa, conquanto eleito, de dispor dos direitos e garantias fundamentais presentes no texto constitucional (OLIVEIRA, 2004, p. 10).

O caráter discursivo deve integrar o conceito de democracia, ou seja, o que se está a apresentar não é uma mera espécie de regime democrático, mas a essência de qualquer democracia. Uma vez assimilada a discussão como forma racional e compartilhada de se construir soluções, a democracia torna-se deliberativa. Nessa situação, em consonância com o magistério de Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 159), o discurso é institucionalizado, a significar que os próprios pontos de vista plurais são conduzidos ao cerne do Estado para fins de processo decisório.

Essa ótica de democracia se amolda à noção ortodoxa de legitimidade discursiva do Judiciário, segundo a qual os provimentos jurisdicionais seriam legitimados desde que racional e consistentemente motivados. Dito de outro modo, as decisões judiciais se tornam democraticamente legítimas contanto que presentes fundamentos socialmente reconhecidos, não como certos em si mesmos, mas como razoáveis. Não se trata da apreensão onírica, pelo julgador, de uma vontade metafísica da comunidade, mas a capacidade de trazer ao processo cognitivo a multiformidade de opiniões presente na sociedade.

Nessa senda, destaca-se a teoria discursiva de Habermas na qual o autor alemão concebe uma democracia procedimental, em que a legitimidade das decisões produzidas pelo Poder Público, em todas as suas instâncias, depende da viabilização de um ambiente discursivo identificado pela livre circulação de ideias. Trata-se um fator de legitimação decisória pautada na utilização, mesmo que potencial, da liberdade comunicativa dos sujeitos de direito com o objetivo de influir nas instâncias públicas, principalmente no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais (HABERMAS, 2003, p. 139).

Lado outro, não há uma incompatibilidade pressuposta entre a tradicional legitimidade discursiva e a concepção democrática à luz da teoria discursiva habersiana. Em verdade, trata-se de conceitos complementares. Isso porque, consoante o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, todas as decisões judiciais deverão ser motivadas. O princípio constitucional da motivação, portanto, oportuniza o controle de razoabilidade dos provimentos jurisdicionais pela comunidade, sendo que, se por um lado a legitimidade do Judiciário não decorre da eleição de seus membros, por outro pode resultar da exposição racional dos motivos sobre os quais se alicerçou determinada decisão.

Contudo, é precisamente no risco de se transformar a legitimidade discursiva em simples retórica que reside a imprescindibilidade de sua conjugação com a referida democracia discursiva. Diz-se, habitualmente, que a legitimidade discursiva do Judiciário compreende a capacidade de se convencer os jurisdicionados por intermédio de argumentos racionais e razoáveis, a se destacar a pretensa capacidade do julgador em apreender quais os valores compartilhados na comunidade (ALVES; GOMES; OLIVEIRA, 2013, p. 111).

Não se está a afirmar que tal contexto seria inviável, porquanto se reconhece a importância de um poder apto a interpretar a constituição sob o prisma da realidade social vigente, a prestigiar o caráter substancial da democracia, ou seja, harmonizar seu viés formal ao conteúdo dos direitos humanos elencados no texto constitucional. Luís Roberto Barroso salienta que, em um primeiro momento, sobretudo, com a crescente do movimento constitucionalista, no qual o destaque conferido aos princípios culminou em uma nova hermenêutica jurídica (BARROSO, 2010, p. 15).

Com o passar do tempo, todavia, emerge o risco de uma padronização subjetiva, por parte do órgão julgador, a respeito do que viria a ser esse rol de valores socialmente partilhados. Dito de outra forma, caso não ocorra uma participação democrática efetiva no âmbito das decisões judiciais, mormente aquelas proferidas no âmbito da jurisdição constitucional, a legitimidade discursiva restará prejudicada. Isso porque, uma vez inexistente

o necessário contato com a comunidade circundante, se torna demasiadamente intrincado aferir quais os valores sociais vigentes.

Esse, inclusive, é um dos motivos fundantes da ideia de um processo aberto de interpretação constitucional idealizado por Peter Habermas. O referido jurista já concebia, em sua sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, uma democracia constitucional de cunho discursivo. Para ele, coexistiriam, no processo de interpretação constitucional, intérpretes formalmente previstos em lei e aqueles informais, sendo que estes seriam responsáveis por uma espécie de atualização interpretativa (1997, p. 24).

Por sua vez, conforme expõe Habermas, o poder administrativo do Estado deve ter como um de seus alicerces o conteúdo existente em uma esfera pública discursiva, a configurar a própria fonte da justiça a partir da qual aquele e o Direito se legitimam. Não se descarta, entretanto, no exercício da autonomia política na opção por essa ou aquela ideologia partidária, mas também através da mencionada esfera pública de formação racional de opinião (HABERMAS, 2003, p. 186).

Assim, com base em uma teoria discursiva de contornos peculiares, o autor reconstrói o conceito ortodoxo de democracia participativa e representativa, a fim de propor uma democracia discursiva. Nessa ótica, René Von Schonberg aduz, ao interpretar a teoria de Habermas, que a teoria discursiva sobre a qual Habermas constrói seu conceito de democracia não redundaria em uma inviabilização prática do processo decisório. Dito de outro modo, o autor afirma que Habermas não busca a concretização de uma esfera pública discursiva como retórica de participação democrática, mas sim como instrumento de contato contínuo entre os pleitos sociais e as instâncias decisórias (SCHONBERG, 2002).

Por sua vez, Nick Crossely ressalta que, embora polissêmica na teoria democrática habermasiana, a noção de sistema declusas se coaduna com a sua ótica procedimental. O sistema declusas, segundo o autor, também pode ser vislumbrado como um mecanismo estrutural sensível mediante o qual a comunidade pode apresentar suas reivindicações. Como exemplos declusas sociais, o autor indica os órgãos públicos receptores de representações da sociedade em relação a condutas incongruentes perpetradas pelo Estado (CROSSELY, 2004).

O sistema declusas se aproxima do que se Mauro Cappelletti e Bryant Garth denominam de segunda onda renovatória do acesso à justiça, conforme será aprofundado adiante. Por ora, cabe salientar que, conforme lecionam os autores, a segunda fase de renovação do acesso à justiça se dirige precisamente à criação de órgãos aptos a recepcionar demandas coletivas.

Embora seja comum a referência à forma democrática conjecturada por Habermas como procedimental, note-se que não há um foco adstrito ao procedimento pelo qual se obtém a participação popular. Confere-se atenção, também, ao conteúdo das manifestações individuais coletivas proferidas na seara das esferas públicas discursivas.

Outrossim, o autor não propõe cenário fantasioso em que cada decisão política demande um consenso integral ou próximo disso. Não se descarta da existência, nas sociedades modernas, de diversos projetos de vida individuais, assim como do próprio pluralismo político, os quais por vezes caminham em sentidos diametralmente opostos. No entanto, isso não representa argumento consistente para que, como imaginou Schumpeter, se restrinja a autonomia política à escolha de representantes. Pelo contrário, a existência de pontos de vista distintos reclama uma maior cautela no que diz respeito à legitimidade democrática das escolhas políticas, visto que, inobstante a inviabilidade de se promover consulta pública generalizada, há de se oportunizar ambiente comunicativo em que todos possam apresentar racionalmente seus pleitos (HABERMAS, 2003, p. 207).

Portanto, a percepção habersiana de esfera pública discursiva se coaduna com o conceito de acesso à justiça que está a erigir. Assim, esse ambiente discursivo se prestaria a recepcionar reivindicações potenciais acerca, inclusive, de direitos fundamentais, a serem produzidos, também, por pessoas uns grupos sociais periféricos, ou seja, marginalizados em relação ao centro de poder decisório (HABERMAS, 2003, p. 144).

Por isso, a visualizada ampliação conceitual culmina na ideia de acesso à justiça qualitativo - aqui denominado democrático - a se referir à possibilidade de recepção, pelas esferas oficiais de poder, dos pleitos dos jurisdicionados, a transcender a senda judicial. Não somente a disposição de esferas públicas aptas a reverberar os pleitos sociais, mas também a oportunidade concreta de influenciar os centros decisórios de poder (TEIXEIRA, 2012, p. 59).

O acesso à justiça examinado sob a ótica qualitativa, por conseguinte, se coaduna com a democracia substancial. Isso porque o acesso à justiça qualitativo demanda observância da autonomia de cada integrante da sociedade não só de acordo com a representatividade inerente ao processo legislativo, mas também no que diz respeito à materialização dos direitos fundamentais (TEIXEIRA, 2012, p. 65).

Ter acesso à justiça ou a uma ordem jurídica justa significa, antes da corrente oferta de instrumentos judiciais eficientes, poder expor reivindicações de modo discursivo e, também, com capacidade persuasiva perante as instâncias decisórias. Dessa maneira, haverá harmonia entre os aspectos formal e substancial do regime democrático.

Todavia, emerge outra questão salutar ao objeto desse trabalho, qual seja, a instrumentalização da participação social em questão. Insta ponderar o grau de organização e por que meios se pode apresentar, de forma efetiva, postulações em esferas públicas de discussão. Trata-se de questão, em certo ponto, conseqüência do próprio conceito de acesso à justiça democrático adotado nesse trabalho, visto que não se está a propor estritamente cenário em que pessoas ou grupos sociais apresentem reivindicações de maneira pulverizada.

Nesses termos, há de se frisar a insuficiência de uma esfera pública discursiva sem que haja órgãos ou instituições capazes de acolher os pleitos dos grupos sociais vulneráveis² e reverberá-los juridicamente. Mauro Cappelletti e Bryant Garth perceberam esse obstáculo ao acesso à justiça na medida em que situaram, na segunda onda renovatória, as dificuldades relativas à representação dos interesses³ difusos em juízo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 50).

Na linha de raciocínio adotada pelos mencionados autores, os interesses metaindividuais requerem formas de recepção específicas pelos órgãos com vocação institucional correlata, a exemplo da Defensoria Pública. Esses interesses, por natureza, aglutinam grupos potencialmente indeterminados de pessoas, de sorte que apenas a propagação daqueles em um ambiente discursivo não é bastante para que se possa influenciar as instâncias decisórias, seja em juízo ou fora dele. A sua titularidade fragmentária demanda que esses interesses transindividuais sejam, em regra, veiculados por intermédio de instituições específicas, dentre as quais a Defensoria Pública se destaca por razão de sua atuação ligada aos grupos sociais vulneráveis.

Embora a Defensoria Pública seja associada habitualmente ao acesso à justiça em seu aspecto de proporcionar ao contingente social pobre o ingresso em juízo, sua vocação constitucional vai muito além disso. No âmbito da tutela coletiva de direitos metaindividuais, a Defensoria Pública se mostra apta a recepcionar os interesses de grupos sociais hipossuficientes sob o viés organizacional, de modo a conferir-lhes um acesso à justiça democrático.

² Embora aprofundado em parte específica desse estudo, os grupos sociais vulneráveis, segundo Elida Séguin, correspondem àqueles cuja vulnerabilidade diz respeito não só à violação sistemática de direitos fundamentais de que são titulares, mas, sobretudo, por não terem sequer a noção de que têm direitos e de que estes estão a ser vulnerados (SÉGUIN, 2002, p. 23).

³ Nada obstante à opção, nesse trabalho, por utilizar os termos *interesses* e *direitos* para designar o objeto da tutela coletiva, não se ignora a existência de distinção doutrinária a respeito. Há, portanto, entendimento de que o direito corresponderia a um interesse legitimado pelo ordenamento jurídico, sendo que este representaria pretensão subjetiva sobre a qual se almeja conferir tutela jurídica (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2011, p. 77). Contudo, subsiste raciocínio que denota o formalismo inerente a essa distinção, de modo que a diferenciação entre *interesses* e *direitos* somente pode ocorrer no contexto de um caso concreto, e não de forma apriorística (PEDRON, 2008).

Note-se que a Constituição Federal, em seu texto originário, positivou, no art. 5º, inciso, o dever estatal de prestação de assistência jurídica integral. Ao optar por essa expressão, ao invés de assistência judiciária, o legislador constituinte deixa claro que ela diz respeito a todas as instâncias, inclusive a extrajudicial. Conforme magistério de José Carlos Barbosa Moreira, a escolha do vocábulo jurídica, ao invés de judiciária, se relaciona com os meios necessários ao acesso à ordem jurídica justa, a englobar a orientação jurídica e a manifestação dos pleitos dos necessitados nas instâncias do poder (BARBOSA MOREIRA, 1994, p. 52-53).

Além disso, conforme será detalhado adiante, a Defensoria Pública apresenta um diferencial em relação aos demais legitimados a propor ação coletiva, a saber, sua vocação social, ou seja, seu contato contínuo com grupos sociais vulneráveis. Dito isso, tem-se que quaisquer restrições indevidas à sua atuação coletiva representam prejuízo ao acesso à justiça desses grupos, sobretudo no que tange ao direito à moralidade administrativa, visto que este potencialmente reflete em todo o arcabouço de direitos fundamentais.

Destaque-se que questões relativas a direitos sociais pertinentes à saúde pública, educação, trabalho, dentre outros, são passíveis de ser objeto de postulações específicas, por parte de grupos e movimentos sociais, nessa quadra discursiva. Ademais, consoante será aprofundado no decorrer do trabalho, é necessário incluir a moralidade administrativa como direito fundamental e, conseqüentemente, passível de ser tutelada coletivamente.

Reitera-se, por conseguinte, crítica feita em relação ao acesso à justiça dentro do paradigma social, a saber, aquela referente ao risco de o escopo de implementação judicial dos direitos sociais se tornar um elemento tautológico. Nesse contexto, a judicialização de questões políticas resultaria em casuísmos individuais, sem promover reais alterações administrativas, o que significaria posições assumidas apriorística e descontextualizadamente.

Assim, haveria órgãos judiciais assimiladores da tese social, no sentido de suprir as deficiências da Administração Pública, enquanto outros adotariam uma postura em prol desta (BARROSO, 2009, s/p). O agravamento dessa conjuntura faz com que o acesso à justiça seja mensurado apenas com base na viabilidade de os titulares de direitos sociais ajuizarem ações mandamentais em face do Estado.

Na realidade brasileira, tudo o quanto foi dito até aqui se mostra claro. Isso porque é cediço que, no país, há inúmeros movimentos sociais que buscam, a todo o momento, expor seus pleitos publicamente, principalmente com o fim de vê-los realizados pelo Poder Público. Por outro lado, somada à recorrente carência econômica desses movimentos, há o obstáculo

organizacional, o qual também dificulta a apresentação racional e concentrada das reivindicações nas esferas públicas de discussão.

Em consonância com o que será aprofundado mais adiante, a hipossuficiência organizacional, consoante lição de Edilson Santana Gonçalves Filho, configura a situação em que titulares de direitos fundamentais, por não serem capazes de se organizar coletivamente no intuito de representar adequadamente os próprios interesses, necessitam da assistência jurídica de órgãos públicos revestido de tal finalidade (GONÇALVES FILHO, 2015, p. 41).

Nesse contexto, a Defensoria Pública configura instituição apta a ouvir o que os grupos sociais vulneráveis têm a dizer. A índole institucional da Defensoria Pública resulta em uma proximidade contínua com os anseios dos indivíduos necessitados sob os mais variados matizes. Com o desiderato de influenciar as escolhas estatais, por intermédio da Defensoria Pública, enquanto instituição *ombudsman*⁴ diversos grupos sociais vulneráveis expõem seus pleitos não só em juízo, mas também nas esferas públicas de discussão em face de órgãos estatais.

Lado outro, há de se fazer ponderação, desde agora, acerca de quais obstáculos, do ponto de vista organizacional, esses grupos sociais vulneráveis têm em manifestar suas ideias e postulações em um ambiente público discursivo, bem como sob o aspecto de um pleito organizado para fins de judicialização coletiva de suas demandas. Destarte, a hipossuficiência organizacional se refere a obstáculos de cunho social, econômico e político para que grupos sociais vulneráveis indiquem seus pleitos, seja judicial ou extrajudicialmente.

No que tange ao âmbito de atuação da Defensoria Pública, não se pode restringi-lo às hipóteses de exiguidade econômica. Objetivamente, tanto a expressão *insuficiência de recursos* quanto o termo *necessitado*, estatuídos, respectivamente, no art. 5º, inciso LXXIV, e art. 124, *caput*, da Constituição Federal, devem ser interpretados de forma ampla, a transcender o aspecto meramente financeiro. Não só sob o prisma do princípio interpretativo da máxima efetividade das normas constitucionais, mas também ante a existência de uma sociedade massificada em que os interesses metaindividuais são corriqueiramente objetos de postulação perante o Executivo e o Judiciário principalmente (GRINOVER, 1996, p. 116-117).

De forma similar, Calmon de Passos destaca que, por vezes, aos maiores interessados no acesso à justiça – os necessitados – carece capacidade de se mobilizar para buscá-lo. A

⁴ Trata-se de conceito a ser detalhado em tópico específico. Na ótica de Lorena González Volio, instituições classificadas como *ombudsman* são aquelas dotadas de fundamento constitucional e independência política. Uma de suas funções seria propiciar o controle social da administração pública (VOLIO, 2003, p. 248).

segregação econômico-social acaba por inabilitá-lo no que diz respeito ao caráter organizacional para fins de reivindicação (CALMON DE PASSOS, 1985, p. 84).

Assim, no tocante ao conceito de acesso à justiça democrático, a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública é essencial para sua concretização. Insta lembrar o entendimento de Mauro Capelletti e Bryant Garth no sentido de que a capacidade jurídica pessoal também configura impasse ao acesso à justiça. Ela consiste na aptidão, por parte do sujeito, de reconhecer um direito que titulariza sem saber, para que, com isso, seja capaz de buscar os meios para salvaguardá-lo (CAPPELLETTI, 2015, p. 71). Na concepção de Carlos Weiss, portanto, o acesso à justiça democrático requer a noção, sobretudo por parte das pessoas necessitadas, de que elas têm direito a ter direitos (WEIS, 2002, p. 5).

O acesso à justiça não é adstrito aos mecanismos de ingresso no Judiciário, de modo a englobar, também, a tangibilidade se um espaço público em que se possa reclamar a realização dos direitos fundamentais, sobre os quais se possa receber orientações jurídicas. Ao se concentrar unicamente na seara judicial, como já foi aduzido, há o risco de se criar, paradoxalmente, uma espécie de projeto social antidemocrático.

Por isso, Ludmila Ferreira Teixeira propõe ideia de que o acesso à justiça qualitativo se refere à possibilidade de recepção, pelas esferas oficiais de poder, dos pleitos dos jurisdicionados, a transcender a senda judicial (TEIXEIRA, 2012, p. 59). Nesse sentido, Anna da Cunha Ferraz entende que um conceito amplo de acesso à justiça pressupõe alicerce democrático, no sentido de se promover a participação popular efetiva, não por intermédio de um pretense consenso absoluto, mas por meio de um ambiente discursivo, em que se possa falar, ser ouvido e influenciar (FERRAZ, 2008, p. 210).

Em acréscimo ao que foi dito a respeito da segunda onda renovatória conjecturada por Mauro Capelletti e Bryant Garth, deve-se atentar para a mencionada problemática de forma ampla, ou seja, a abarcar o âmbito extrajudicial. Isso significa que os interesses metaindividuais requerem formas de recepção específicas pelos órgãos com vocação institucional correlata, a exemplo da Defensoria Pública. Os citados interesses, por natureza, aglutinam grupos potencialmente indeterminados de pessoas, de sorte que apenas a propagação daqueles em um ambiente discursivo não é bastante para que se influencie as instâncias decisórias, seja em juízo ou fora dele.

Dentro da perspectiva central desse trabalho, não raro ao Defensor Público, no curso do atendimento daqueles para os quais presta assistência jurídica, são comunicadas situações indiciárias de vulneração da moralidade administrativa. Mesmo a se tratar de assunto a ser aprofundado adiante, cumpre salientar a vocação institucional da Defensoria Pública,

enquanto *ombudsman*⁵, de dar voz, perante as instâncias do poder, àqueles excluídos ante a carência econômica ou organizacional.

Com o desiderato de influenciar as escolhas estatais, por intermédio da Defensoria Pública, diversos grupos sociais vulneráveis expõem seus pleitos não só em juízo, mas também nas esferas públicas de discussão em face de órgãos estatais. Desse modo, tendo em vista o cerne do presente trabalho, qual seja, a legitimidade da Defensoria Pública para fins de tutela coletiva da moralidade administrativa, com base em um acesso à justiça democrático, há de se fazer mais algumas considerações antes de se avançar para o próximo tópico.

Com efeito, o conceito de acesso à justiça que se adota no presente trabalho se alicerça em um ambiente democrático discursivo. Isso significa que o acesso satisfatório à justiça não se restringe à judicialização de hipotéticas violações a direitos, mas, de forma ampla, pressupõe uma esfera pública democrática em que cada indivíduo possa fazer suas reivindicações. Acesso à justiça também configura a viabilidade de o sujeito de direitos apresentar os seus pleitos publicamente, de forma a influenciar o Estado no sentido de salvaguardar, sobretudo, os direitos fundamentais.

Como dito, os grupos sociais vulneráveis são aqueles dotados de alguma carência que transcende a economicamente aferível. Sua vulnerabilidade decorre de diversos fatores, dentre os quais se ressalta o obstáculo organizacional à exposição pública de seus anseios, seja judicial ou extrajudicialmente. Dessarte, a hipossuficiência organizacional constitui entrave ao acesso à justiça democrático, porquanto, consoante aduzido, a existência de uma esfera pública discursiva sem a presença de instituições democrática a facilitar o diálogo é inócua. É precisamente sob essa ótica que se examina a questão organizacional nesse trabalho.

Em outro viés, a transcendência da atuação defensorial, antes restrita à seara de demandas individuais pertinentes a pessoas economicamente vulneráveis, se pauta, sobretudo, no acesso à justiça democrático. A partir da ideia de segunda onda renovatória do acesso à justiça, verifica-se não apenas novas espécies de conflitos sociais, mas, também, novas situações de vulnerabilidade, a exemplo da organizacional, conforme será discutido em tópicos vindouros.

Dessarte, a vinculação absoluta do acesso à justiça à judicialização é ponto de partida para a concepção de que a obstaculização desse direito se refere somente a questões de ordem econômica. Trata-se da primeira onda renovatória, a qual objetiva justamente possibilitar a

⁵ O termo *ombudsman* será melhor explicado posteriormente. Nesse momento, cabe salientar que se trata de qualidade e não de um título ou instituição singular. Nessa condição, a Defensoria Pública viabiliza o acesso à justiça, por parte dos individuais necessitados, diante de todos os poderes.

superação desses obstáculos, de modo que mesmo aqueles carentes de recursos materiais possam vir a buscar o Judiciário. Essa forma de entender o fenômeno do acesso à justiça se encontra presente no texto constitucional, especificamente em seu art. 5º, inciso XXXV⁶. Luís Roberto Barroso esclarece que a citada norma constitucional sempre foi vista pela doutrina tradicional como veiculadora do Princípio do Acesso à Justiça. Assim, concebia-se a inafastabilidade da jurisdição como sinônimo de acesso à justiça ou, de forma equivalente, ao próprio Judiciário (2010, p. 341).

O conceito de acesso à justiça democrático não desconsidera a relevância dos instrumentos de judicialização. Seu viés distintivo, todavia, reside no exame apurado das circunstâncias em que se encontram os indivíduos na comunidade, a se preconizar aquelas que o levam a buscar o Judiciário. Com efeito, em consonância com o que expõe Mauro Cappelletti em relação à terceira onda renovatória, o que se prioriza no acesso à justiça democrático é entender em que situações o indivíduo se mostra vulnerável ao ponto de ser ver impelido a buscar o Judiciário.

Nesse contexto, destacam-se os órgãos legalmente legitimados para fins de promoção da tutela coletiva de direitos metaindividuais. Isso porque, na linha verticalizada adiante, as demandas relativas a essa espécie de direitos se revestem de interesse social intrínseco, não só pela dimensão quantitativa, mas, sobretudo, ante os direitos em questão, a exemplo daqueles de natureza ambiental e referentes à saúde. De fato, a releitura e aprimoramento dos institutos processuais são imprescindíveis à efetivação da tutela coletiva, principalmente a se considerar a infinidade de pessoas cujas esferas jurídicas são afetadas em conflitos de massa⁷. No entanto, há de se designar importância também aos órgãos dotados de legitimados coletivos e ao acesso da comunidade aos mesmos.

Nessa seara, a Defensoria Pública traduz instituição democrática apta a dar voz a esses grupos nas esferas públicas de discussão, assim como promover a tutela coletiva de seus respectivos interesses metaindividuais. Conforme se aprofundará em tópicos posteriores, as funções institucionais do mencionado órgão o incumbem de manter contato contínuo com a sociedade. Esse vínculo não se restringe aos atendimentos individuais ocorridos no seio na instituição, nos quais, conquanto representem parte considerável de sua atuação, não esgotam suas atribuições constitucionais.

⁶ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷ Constitui expressão usualmente utilizada pelos autores que escrevem sobre temáticas ligadas à tutela coletiva. Cláudia Lima Marques afirma que os conflitos de massa é expressão que distingue claramente a senda dos direitos transindividuais daquela em que se situam os direitos individuais. Denota, portanto, a dimensão potencial incomensurável de lesões coletivas, a requerer atenção específica do Direito (2011, p. 145).

Há, ainda, contato com grupos sociais vulneráveis⁸, a exemplo de entidades associativas ligadas aos direitos de pessoas com deficiência, a moradores de bairros carentes de infraestrutura, dentre outras. Note-se que, inobstante ser possível a inexistência de carência econômica por parte dos integrantes desses grupos, padecem de outra espécie de vulnerabilidade, a qual é focalizada pelo acesso à justiça democrático. Essa vulnerabilidade - tanto quanto aquela de matriz financeira - constituiu impasse ao exercício do direito ao acesso à justiça.

Oportuno ressaltar que a Defensoria Pública não é o único órgão voltado à materialização do acesso à justiça democrático. O Ministério Público, cujo desiderato constitucional se refere à proteção de interesses sociais indisponíveis, assim como a Defensoria Pública, configura instituição de natureza democrática, aberta, portanto, às reivindicações sociais. Todavia, conquanto dotadas de aspectos funcionais semelhantes, há diferenças entre os referidos órgãos, de modo que não se pode asseverar que atuam em searas equivalentes. Assim, o que se objetiva, nesse estudo, é analisar a legitimidade coletiva da Defensoria Pública com base em suas funções específicas.

A vocação democrática da Defensoria Pública se verifica não somente diante de sua base normativa - constitucional e legal- mas, também, de sua história. Por isso, no próximo tópico, se apresentará os principais pontos do esboço histórico desse órgão.

2.3 BREVE HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

A exata compreensão da vocação institucional da Defensoria Pública e, portanto, do seu papel na promoção da tutela coletiva de direitos difusos – inclusive da moralidade administrativa – requer a compreensão de sua história. Assim, o objetivo do presente esboço histórico não se restringe a traçar uma linha cronológica da instituição, mas também de expor suas características principais.

Conforme lição de Fábio Luís Mariani de Souza (SOUZA, 2011, p. 105), o direito social à assistência jurídica integral e gratuita configura requisito imprescindível à realização

⁸ Apesar de configurar conceito aprofundado mais adiante, cabe dimensioná-lo nesse momento. Consoante aduz Elida Séguin, os grupos sociais vulneráveis são aqueles que apresentam dois pontos de vulnerabilidade. O primeiro, sob um viés material, se refere ao acesso às instâncias decisórias, por meio de requerimentos ou representações de ilegalidade, ante limitações concretas existentes. Exemplo desse aspecto se refere às crianças e aos idosos que, por conta da condição etária, acabam sendo marginalizados no que toca às garantias individuais e aos direitos fundamentais. A outra limitação se refere à necessidade peculiar que esses grupos têm de políticas públicas para que possam exercer os direitos fundamentais de que são titulares. É o caso, por exemplo, de idosos que não raro são surpreendidos pela onerosidade excessiva no curso do contrato de plano de saúde (SEGUIN, 2002, p. 52).

do regime democrático, principalmente no que concerne ao acesso à justiça. O autor destaca que a previsão de direitos, assim como a possibilidade de reivindicá-los não só perante o Judiciário, mas também em face dos poderes Legislativo e Executivo, não é suficiente. Isso porque os grupos sociais vulneráveis, caracterizados pela carência organizacional ou econômica em regra, necessitam de instrumentos para exercer o acesso à justiça e, portanto, pleitear os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico. Por conseguinte, em sua visão, apesar de a modernização do Judiciário também se revestir de importância no contexto do acesso à justiça, existência de órgão público responsável pela assistência jurídica dos necessitados é imprescindível.

Dessarte, almeja-se, mediante os subtópicos posteriores, apresentar os pontos principais acerca da estruturação dos serviços de assistência jurídica. Isso porque esses serviços podem ser padronizados segundo uma diversidade de modelos conforme será visto. Todavia, no Brasil, o texto constitucional consolidou modelo segundo o qual a Defensoria Pública é o órgão público responsável pela prestação do referido serviço no Brasil.

2.3.1 Modelos de assistência jurídica

Antes de proceder ao exame do esboço histórico da assistência jurídica, faz-se necessário mencionar os modelos de prestação desse serviço. Isso porque, conquanto adotado modelo específico no Brasil, há diversas formas pelas quais o Estado concebe a realização da assistência jurídica⁹.

Consoante lição de Cleber Francisco Alves (2012, p. 48-49), o primeiro se refere àqueles ordenamentos jurídicos em que se viabiliza a assistência judiciária por intermédio de advogados autônomos, os quais a prestariam a títulos de *múnus* sem remuneração. Além de não englobar a seara extrajudicial, esse modelo se alicerçava em uma concepção indulgente do serviço em apreço. Nesse sentido, Tiago Fensterseifer aduz que, no Brasil, conforme o art. 98, §4^a, do Novo Código de Processo Civil, a positivação da possibilidade de concessão da gratuidade da justiça mesmo para aqueles que dispõem de advogado é de suma importância para a permanência da advocacia *pro bono* (2015, p. 130).

O segundo modelo, denominado *judicare*, decorre do custeio estatal de advogados particulares. Por regra, os nomes de diversos advogados são inseridos em uma lista na qual o

⁹ Enquanto a assistência judiciária diz respeito apenas à senda judicial, a assistência jurídica – adotada pelo constituinte de 1988 – engloba, também, a seara extrajudicial e privada. Na ótica de Cleber Francisco Alves (2012, p. 59), a escolha da assistência jurídica, ao invés de judiciária, no art. 5º, inciso LXXIV, denota uma concepção ampla do fenômeno do acesso à justiça.

interessado poderá escolher o que deseja como representante de sua pretensão¹⁰. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015, p. 32) criticam o referido modelo, vez que este se abstém de promover a solução de outras barreiras ao acesso à justiça, a exemplo da necessidade de orientações jurídicas para que os individuais necessitados possam reivindicar eficientemente seus direitos.

Embora não seja o modelo principal, no Brasil ainda se utiliza o *judicare* especificamente nas localidades em que a Defensoria Pública ainda não foi instalada. Nessa hipótese, admite-se a nomeação dos denominados advogados dativos para que a realização dos atos processuais, mormente em processos criminais, não sejam efetuados sem que a parte esteja representada (BRASIL, 2012).

O terceiro modelo – o *salaried staff* – segmenta-se em duas subespécies. Na primeira delas, a assistência jurídica é prestada por meio de servidores públicos remunerados pelo Poder Público. No segundo, o referido serviço é concretizado mediante pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que, através de recursos oriundos da Administração Pública, o prestam à população pobre.

Assim, o terceiro modelo é aquele disposto na Constituição Federal de 1988. Sua marca distintiva é precisamente a disponibilização da assistência jurídica por meio de instituição específica, qual seja, a Defensoria Pública, conforme se depreende do art. 134, *caput*, da Constituição Federal, assim como do art. 4º, §4 da Lei Complementar 80/94¹¹. Como será visto nos subtópicos posteriores, o fato de o constituinte, na redação do *caput* do art. 134, ter estatuído que o órgão defensorial, além de essencial à função jurisdicional, é instrumento do regime democrático demonstra que a sua vocação constitucional é ampla, de forma similar ao que se concebeu enquanto acesso à justiça democrático.

2.3.2 Escorço histórico da Defensoria Pública no Brasil

Como sobredito, o serviço de assistência jurídica gratuita e integral àqueles que comprovarem a exiguidade econômico-financeira foi previsto no texto constitucional em seu art. 5º, inciso LXXIV. De forma correlata, na redação originária e na atual do seu art. 134, *caput*, o constituinte deixou claro que o órgão público responsável por esse serviço é a

¹⁰ Segundo noticia Tiago Fensterseifer (2017, p. 155), esse modelo é adotado na França e na Inglaterra. Por regra, o contingente pobre da sociedade escolhe um advogado dentre vários elencados em uma lista disponibilizada nos fóruns.

¹¹ “§ 4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)” (BRASIL, 1994, art. 4º.).

Defensoria Pública. Contudo, o ordenamento jurídico pátrio nem sempre previu um órgão específico para essa finalidade.

Conquanto a menção expressa à Defensoria Pública tenha ocorrido, primeiramente, na Constituição Estadual do Estado do Rio de Janeiro de 1975 e na Constituição Federal de 1988, verifica-se que, no Brasil, existiram iniciativas legislativas anteriores cujo desiderato era criar um órgão público específico para a prestação de serviços jurídicos gratuitos.

A doutrina, por regra, atribui às Ordenações Filipinas o pioneirismo em prever expressamente a assistência judiciária no Brasil, as quais vigoraram até 1916. Entretanto, cabe salientar que, à época, a defesa judicial dos interesses de pessoas pobres não era vista como um dever jurídico correspondente a um direito fundamental, mas sim como um encargo de natureza caritativa e religiosa¹² (SOUZA, 2011, p. 38). Outrossim, apesar de inexistir menção expressa do órgão defensorial, as Ordenações Filipinas asseguravam a nomeação de curador aos menores de idades e aos reputados loucos, bem como estabelecia uma espécie de dever moral aos advogados. Esse dever consistia em defender, em juízo, a pretensão de pessoas declaradamente pobres.

Para além do órgão prestador do serviço, o primeiro registro histórico de previsão normativa da concessão de assistência judiciária no país foi por meio da Lei 261 de 31 de dezembro de 1841. Na ótica de Cleber Francisco Alves (2002, p. 103), não se podia falar, ainda, em assistência judiciária, vez que a referida lei se limitou a estatuir a suspensão temporária dos pagamentos das custas processuais ao réu pobre apenas no processo criminal. Por sua vez, Fábio Luis Mariani de Souza salienta que, no Brasil, os impasses à estruturação apropriada de assistência judiciária foram, preponderantemente, concebidos como problemas de ordem moral e caritativa, alheios à noção de um dever estatal.

No decurso do tempo, ocorreram outras tentativas de regular de forma minimamente uniforme o instituto da assistência judiciária. Exemplos disso foi o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, o qual isentava o réu pobre de metade do valor das custas judiciais, assim como a Lei nº 150 de 1942, que estabeleceu esse tipo de isenção na seara do processo civil¹³.

¹² As Ordenações Filipinas, que vigoram, no Brasil, até finais de 1916, por força da Lei de 2º de outubro de 1823, dispunham em seu artigo 84, § 10: em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma Del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como se pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo.

¹³ Se por um lado, no entender de Cleber Francisco Alves, tais leis representam o início de uma preocupação com a judicialização dos interesses de indivíduos carentes, por outro não tratavam da problemática de forma adequada. Isso porque, conforme posição do autor, desconsiderava-se a necessidade de um órgão

No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1934 a situação normativa da assistência judiciária começa a ser alterada. Em seu artigo 113, n. 32, positivou-se o direito de acesso gratuito à justiça¹⁴. Em 1935, como decorrência desse dispositivo constitucional, o Estado de São Paulo criou o primeiro centro de prestação do serviço de assistência judiciária, a qual, nesse momento, já era tratado como dever estatal e não mais como obrigação moral. A seu turno, o Código de Processo Civil de 1939 veio a prever os princípios basilares do benefício da gratuidade da justiça, a qual, mais tarde, viria a ser objeto de legislação própria, a saber, a Lei nº 1.060/50¹⁵ - tendo sido revogada com a superveniência do Novo Código de Processo Civil.

Com feito, a referida lei – conhecida como Lei da Gratuidade Judiciária - representou um marco no que tange à assistência judiciária, porquanto fazia com que à parte, declaradamente pobre, fosse disponibilizado advogado para representar seus interesses em juízo. Na ordem constitucional pouco foi modificado desde a Constituição Federal de 1934. O texto constitucional de 1937 nada mencionou acerca da prestação de assistência judiciária, enquanto o de 1946 a previu em seu art. 141, §35 (BRASIL, 1946, art. 141). Consoante notícia Ana Mônica Anselmo de Amorim, esse dispositivo constitucional fez com que alguns entes federativos, a exemplo do Distrito Federal e de São Paulo, criasse os primeiros núcleos de assistência às pessoas necessitadas.

Entretanto, ainda não se falava em órgão específico para a operacionalização do dever estatal de prestar a assistência judiciária. Dessarte, destaca-se a iniciativa ocorrida no Rio de Janeiro, Estado em que a Lei Estadual nº 2.188 de 1954, criou, os 06 (seis) primeiros cargos de Defensor Público, a representar a gênese da Defensoria Pública naquele Estado e, também, no Brasil. Com base na citada lei, em 1962, o Rio de Janeiro institucionalizou a prestação do serviço de assistência judiciária, sendo este dever de Defensores Públicos, tanto na seara cível como também na criminal.

Posteriormente, o advento Constituição de 1967 também não trouxe alterações substanciais. Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05 de outubro daquele ano, a prestação do serviço de assistência judiciária se consolidou no Brasil. Na ótica de Tiago Fensterseifer (2015, p. 256), entre o texto constitucional de 1934 – que primeiro

público específico não só para a judicialização de pretensões, mas também para orientação jurídica do contingente social menos abastado (ALVES, 2003, p. 57).

¹⁴ A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos- (BRASIL, 1934, art. 113, n. 32).

¹⁵ Conforme lição de Fredie Didier Jr. (2017, p. 245), embora a Lei Lei nº 1.060/50 tenha sido revogada, a regulação, pelo Código de Processo Civil de 2015, do benefício da Justiça Gratuita é mais detalhada, tanto em relação à sua extensão como também, sobretudo, no que tange ao seu pleito e à sua impugnação.

previu o direito à assistência judiciária – até o atual, esse direito, após ter sido concebido enquanto incumbência moral e religiosa, limitou-se ao aspecto assistencialista em relação à Administração Pública.

De outro lado, a Constituição Federal de 1988 constitui marco normativo, vez que, segundo frisa Tiago Fensterseifer (2015, p. 185), a assistência jurídica restou inserida expressamente no catálogo de direitos fundamentais, no art. 5^a, inciso LXXIII. Demais disso, pela primeira vez, no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, estatuiu-se a Defensoria Pública como essencial à função jurisdicional do Estado em seu art. 134.

Desse modo, a se tratar de trabalho concentrado na atuação coletiva da Defensoria Pública, mormente na seara dos direitos difusos – vez que corresponde a natureza do direito à moralidade administrativa – passa-se a analisar, à luz das normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes, as funções típicas e atípicas da Defensoria Pública.

2.3.3 Funções típicas e atípicas da Defensoria Pública

A segmentação doutrinária e inclusive jurisprudencial das atribuições defensoriais em típicas e atípicas é de suma importância para o presente trabalho. Isso porque se refere a uma das premissas teóricas em que se alicerça a legitimidade coletiva da instituição, principalmente no que concerne à tutela dos direitos difusos e, por consectário, da moralidade administrativa. Em outro ângulo, o entendimento restritivo a respeito de suas funções institucionais, por regra, pressupõe apenas aquelas classificadas como típicas, a fim de reduzir a atuação defensorial às mesmas.

As funções típicas da Defensoria Pública têm como fato gerador a situação econômica do usuário do serviço de assistência jurídica. Portanto, diz respeito àqueles que não dispõem de recursos para a contratação de advogado. Cumpre ressaltar que essa forma de atuação não de restringe à seara judicial, porquanto engloba, na forma do art. 134, *caput*, da CFRB, a orientação jurídica e a defesa judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos. Por conseguinte, o que distingue essa espécie de funções não é o local em que são exercidas, mas sim a sua causa geradora, qual seja, a indisponibilidade econômico financeira para a contratação de advogado sem que isso prejudique a subsistência do indivíduo ou de sua família.

Em relação às funções atípicas, destaque-se que concernem a hipóteses em que se torna despcienda a aludida exiguidade financeira. Como exemplos de atribuições atípicas defensoriais, segundo assevera Cleber Francisco Alves (2012), têm-se a defesa técnica

criminal e o exercício da curadoria especial. Nesses dois casos, diz-se que a atuação defensorial decorre da hipossuficiência jurídica dos interessados, ou seja, situações nas quais a lei requer representação para que sejam concretizados os respectivos atos processuais.

A grande controvérsia se instala no momento em que tenta interpretar o termo *necessitado* utilizado pelo constituinte derivado no art. 134, *caput*, da CFRB. Para aqueles que o interpretam no sentido de carência econômica, a Defensoria Pública se limitaria a atuar no âmbito das funções típicas. Contudo, ao aderir ao segundo posicionamento, Frederico Rodrigues Viana de Lima (2014, p. 85) afirma que a interpretação do art 5º, LXXIV e 134, da Constituição Federal, deve se basear em ótica teleológica.

Ainda conforme a visão de Frederico Rodrigues Viana de Lima (2014, p. 90), ao se interpretar teleologicamente o termo *necessitado*, prestigia-se os princípios da unidade e da máxima efetividade das normas constitucionais. Nesse caso, a observância do princípio da unidade resulta da circunstância Constituição Federal acolhe, ao longo de todo o seu texto, uma série de direitos fundamentais, muitos deles de dimensões distintas, além da menção expressa dos direitos metaindividuais.

Assim, diante de arcabouço de direitos tão diversos, não só quanto ao conteúdo, mas também em relação à natureza coletiva ou individual, não se mostra coerente a visão de que a Defensoria Pública estaria adstrita às hipóteses de carência financeira individual. Seria, em última análise, limitar excessivamente o direito fundamental à assistência jurídica, visto que ela seria negada, com base na visão limitativa, àqueles que não fossem juridicamente pobres.

Afora o explanado, o sobredito entendimento também inviabilizaria o pleno cumprimento das atribuições institucionais desse órgão, especificamente no que diz respeito à proteção dos direitos transindividuais. Consoante será verticalizado nesse estudo, esses direitos têm como principais características a natureza indivisível e a titularidade indeterminada ou indeterminável¹⁶, de modo a tornar impraticável a aferição da capacidade econômica de cada um dos titulares. Com base nesse raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN nº 558/RJ, adotou entendimentos segundo o qual a Defensoria Pública também deve atuar nos casos em que o interesse social justifique.

No que tange ao princípio da máxima efetividade, conforme denotam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 49), tem-se que o mesmo preconiza o maior âmbito de aplicação do conteúdo da norma constitucional. Em

¹⁶ Teori Zavascki faz distinção entre tutela coletiva de direitos e tutela de direitos coletivos, de modo que os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos propriamente ditos. Assim, na visão do autor, a tutela coletiva desses direitos se justificaria pela presença do interesse social correlato (ZAVASCKI, 2011, p. 138).

sendo assim, o termo *necessitado* deve abarcar, também, os grupos sociais cuja vulnerabilidade se vincula à denominada carência organizacional. Também chamada de hipossuficiência organizacional, seu significado e suas implicações na tutela coletiva dos direitos difusos pelo órgão defensorial serão pormenorizados adiante.

De outro lado, a Constituição Federal, assim como o fez em relação a outros órgãos a exemplo do Ministério Público não estabeleceu um rol taxativo de funções da Defensoria Pública. Afora a inexistência de termo restritivo nas normas constitucionais relativas às suas atribuições, Ana Mônica Anselmo de Amorim na medida em que o art. 134, *caput*, da Constituição Federal e o art. 1º da Lei Complementar 80/94, ao preverem que incumbe ao órgão defensorial a promoção de direitos humanos não se faz qualquer alusão à carência econômica.

Portanto, na perspectiva das ondas renovatórias, a Defensoria Pública se enquadra não só na primeira, em que se preconiza a solução dos impasses relativos à assistência jurídica daqueles juridicamente pobres, mas também na senda da proteção dos direitos metaindividuais, sendo que esta ocorre, majoritariamente, no contexto de vulnerabilidade social. Demais disso, por se tratar de temática que permeará todo o trabalho, cabe dividi-la em subtópicos, a fim de abordá-la sob diversas vertentes.

2.3.3.1 As funções defensoriais típicas e o conceito restrito de necessitado

A Defensoria Pública nasceu como instituição, inicialmente voltada à viabilizar a tutela de direitos tutelados por aqueles carentes de recursos materiais. A Constituição Federal de 1988 foi além se comparadas as suas antecessoras, vez que estas chegaram a prever a assistência jurídica íntegram, sem, contudo, designar órgão público específico para tanto. Com efeito, além de prever a assistência jurídica gratuita integral àqueles tidos como necessitado¹⁷, incumbiu o Órgão Defensorial de prestá-la, nos moldes previstos no art. 134, *caput*¹⁸.

Cândido Rangel Dinamarco caracteriza o final da década de 80, em que houve a promulgação da Constituição Federal, como momento inaugural dos institutos tradicionais de processo civil no Brasil. Nessa conjuntura, o foco, segundo o autor, resida na busca incessante

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

¹⁸ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

pela eficiência do processo civil, sob o aspecto preponderantemente formal. Dito de outra forma, preconiza-se meios de tutela céleres e que potencializassem o ingresso do indivíduo no Judiciário (DINAMARCO, 2009, p. 33).

Em ótica similar, Luiz Guilherme Marinoni assevera que, conquanto o paradigma social tenha sido amplamente adotado pelo texto constitucional originário, mormente no que toca ao elenco amplo de direitos sociais, em relação ao processo civil o paradigma liberal se refletia na leitura dos institutos. Nesse primeiro estágio, o acesso à justiça era sinônimo de disponibilização de instrumentos eficazes de acesso ao Judiciário, principalmente aqueles capazes de facilitar o ajuizamento de ações individuais por partes de pessoas economicamente impossibilitadas de arcar com os custos inerentes ao processo (2012, p. 45).

O Órgão Defensorial, por meio do modelo *salaried staff* eleito pelo texto constitucional, representou, na referida situação, órgão voltado a equilibrar a balança do acesso à justiça. Assim, a partir de uma interpretação filológica do art. 5º, inciso LXXIV, a conclusão à época era a de que a Defensoria Pública somente deveria prestar assistência jurídica gratuita integral em favor daqueles que se demonstrassem necessidade de natureza material, ou seja, econômica. Essa constitui, até hoje, sua principal linha de atuação, vez que os obstáculos econômicos ao acesso à justiça têm se tornado cada vez mais substanciais.

Acrescente-se, ainda, que o legislador constituinte, ao utilizar a terminologia *assistência jurídica*, no lugar de assistência judiciária, evitou restringir as funções defensoriais à seara judicial, a possibilitar orientações jurídicas que não necessariamente se vincule à judicialização de demandas. Exemplo disso são casos em que indivíduos de baixa renda que desejam celebrar contrato de financiamento com instituições financeiras. Nesses casos, muitos deles acabam por se dirigir à instituição com a finalidade de obter esclarecimentos a respeito da espécie contratual, mormente no que diz respeito à responsabilidade civil.

De outro lado, a ótica restrita em relação à conceituação de *necessitado* preexistia ao texto constitucional originário. A Lei nº 1.060/50 - a Lei de Assistência Judiciária - definia, em seu art. 2º, parágrafo único¹⁹, necessitado como aquele incapaz financeiramente de suportar os ônus do processo, inclusive os honorários advocatícios. Ressalte-se que, embora

¹⁹ Art. 2º Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. *Parágrafo único.* Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família

tenha revogado grande parte da Lei de Assistência Judiciária, o Código de Processo Civil manteve a concepção de necessitado, em seu art. 98, *caput*,²⁰ em sentido similar.

Hodiernamente, as Defensorias Públicas, estaduais e federal, têm fixado critérios para a aferição do estado de necessidade econômica dos pretensos assistidos. Por regra, segundo notícia Tiago Fensteseifer, estabelece-se o referencial de três salários mínimos como limite de renda indicativa da situação de carência material. Todavia, nada impede que se analisa outros fatores, a exemplo da existência de dívidas relativas a financiamento de bem de família ou pensão alimentícia. Em contextos como esses, podem ser considerados como economicamente necessitados mesmo aqueles que superem a precitada faixa de renda.

Na prática, as funções defensoriais típicas se manifestam tanto na seara cível quanto na criminal. Na área cível, é possível a representação processual para o ajuizamento de ações individuais cujos autores sejam economicamente necessitados, a exemplo de ações de alimentos ou indenizatória em face do Estado. Destaque-se que ações obrigacionais relativas à concessão de medicamentos pelo Estado têm sido cada vez mais comuns, tanto no âmbito individual quanto no coletivo.

Outrossim, no contexto das perseguições criminais, há a possibilidade de a Defensoria Pública exercer funções típicas e atípicas, sendo estas explicadas adiante. No que toca às funções típicas, constantemente investigado, indiciado ou réu se dirigem à instituição para que possam ser representados por Defensor Público, seja na fase inquisitorial como, também, na processual, a se considerar sua debilidade econômica.

Com efeito, verifica-se que a parte preponderante da atuação defensorial concerne à assistência jurídica atinente a demandas individuais de pessoas economicamente carentes. Entretanto, o transcurso do tempo e as consequentes alterações estruturais na sociedade geraram a necessidade de se questionar a extensão do conceito de *necessitado*.

2.3.3.2 As funções defensoriais atípicas e o conceito amplo de necessitado. A mutação constitucional

Em consonância com o que será visto adiante, a legitimidade coletiva da Defensoria Pública apenas resta viável caso se interprete sistemática e teleologicamente o texto constitucional. Em outras palavras, não como se imaginar a efetivação de sua legitimidade coletiva com base, estritamente, no exercício de funções típicas. Isso porque, como foi

²⁰ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

explanado, nas funções típicas, é imprescindível o exame singularizado da esfera jurídica individual de pretensos assistidos. Portanto, na concretização das funções típicas, o fato gerador da atuação defensorial diz respeito a circunstâncias de carência econômico-financeira.

Por outro lado, na senda da tutela coletiva, não como usar a necessitar, estritamente, econômica como premissa para ensejar a atuação do Órgão Defensorial. Isso porque seja qual for a espécie de direito transindividual que se está a objetivar a tutela, não se mostra coerente condicioná-la, como regra, à caracterização individual de cada interessado. O que justifica a tutela coletiva de direitos²¹ não são, em essência, as características individuais das pessoas interessadas nem a dimensão quantitativa do grupo social atingido pelo conflito de massa. Desse modo, não subsistem base teórica e instrumentalidade prática para que se possa conceber, de modo indissociável, a atuação típica da Defensoria Pública e sua legitimidade coletiva.

Consectariamente, emerge questionamento acerca de qual seria o fundamento da atuação do órgão no contexto dos direitos metaindividuais, mormente a se constatar a inexistência de vulnerabilidade econômica, mesmo que por impraticabilidade de sua averiguação. Dessarte, aqueles que conjecturam uma outra espécie de vulnerabilidade, usualmente, a denominam de organizacional²². Há, como se verá, aqueles que a nomeia de hipervulnerabilidade.

Tiago Fensterseifer aduz que a vulnerabilidade organizacional se refere aos precitados grupos sociais vulneráveis²³. Hipoteticamente, esses contingentes sociais podem estar associados, também, a algum elemento de carência econômico-financeiro, mas, contudo, sua vulnerabilidade resulta de outro viés. Como sobredito, a vulnerabilidade dos grupos sociais em exame origina-se, basicamente de dois aspectos. O primeiro se refere às condições fáticas desses grupos, as quais, possivelmente, apresentam discrepância em relação aos outros

²¹ Consoante será, detalhadamente, diferenciado a seguir, há entendimento no sentido de que se distinguem a tutela coletiva de direitos e a tutela de direitos coletivos. De todo modo, em ambas as hipóteses a relevância social representa o fundamento essencial da submissão dos direitos metaindividuais a aspectos tutelares específicos.

²² Há de se destacar que, também, se fala em vulnerabilidade jurídica. Esta teria lugar em duas hipóteses básicas. A primeira diz respeito à curadoria especial exercida pela Defensoria Pública nos moldes do art. 72, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Na segunda, tem-se vulnerabilidade jurídica no processo penal em que o Réu, conquanto regularmente citado, não constitui advogado mediante instrumento de mandato. Dessarte, caberá a Defensoria Pública atuante naquele juízo a defesa do acusado, o qual, caso não se trate de necessitado econômico, poderá vir a ser condenado em honorários, na forma do art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

²³ Não se pode confundir grupos sociais vulneráveis com grupos minoritários. A vulnerabilidade daqueles decorre de elementos vinculados a questões de gênero, raça, religião, dentre outras. Portanto, os grupos sociais vulneráveis não serão, necessariamente, diminutos do ponto de vista quantitativo.

agrupamentos sociais. Como exemplo, cite-se a condição das crianças²⁴ e dos idosos, os quais, por conta das respectivas faixas etárias não estão aptos, em regra, a se organizar com o objetivo de focalizar os pleitos tipicamente difusos.

Não se presencia, no Brasil, violações sistemáticas aos direitos das crianças e dos adolescentes salvaguardados na Constituição Federal²⁵ e na Lei nº 8.069/90, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Em alguns casos, as instituições responsáveis pelo acolhimento de adolescentes em conflito com a lei não se mostram, sob o aspecto estrutural e humano, capazes de cumprir os objetivos pedagógicos intrínsecos às medidas socioeducativas previstas no estatuto. Note-se que essa conjuntura afeta indistintamente todos os adolescentes, a consubstanciar violação a direitos difusos. Isso porque, em tese, qualquer adolescente está passível a passar por algum episódico que requeira a aplicação de alguma medida protetiva ou socioeducativa, independentemente de seu estado econômico.

De outro lado, as pessoas idosas são, contumazmente, surpreendidas por práticas abusivas perpetradas por operadoras de planos de saúde. Há situações em que essas instituições praticam aumentos abusivos, a onerar excessiva e ilegalmente os respectivos planos de saúde, bem como impõem períodos de carências extensos e alheios à regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Mais uma vez, verifica-se um alto grau de vulnerabilidade que não está, obrigatoriamente, subordinada a critérios de renda individual, bem como a lesão a direitos difusos.

Nos cenários apresentados, há uma dificuldade ínsita em agrupamento, por parte dos interessados, para fins de tutela coletiva dos direitos correlatos. Lado outro, a vulnerabilidade organizacional decorre, também, da necessidade peculiar que esses grupos apresentam em relação a políticas públicas. Por apresentarem caracteres distintivos e que despertam fragilidades específicas na atual conjuntura social, esses grupos necessitam de atuação estatal especial para que possam exercer os direitos fundamentais de que são titulares.

Dessarte, o grupo social representado pelo gênero feminino demanda atuação estatal substancial voltada à fiscalização e repressão de toda forma de assédio ou discriminação. Além disso, ao Poder Público também incumbe concretizar estrutura policial designada a

²⁴ Na ótica dos direitos dos vulneráveis, conforme lição de Malcolm Shaw a ser referida, o signo *criança* é utilizado aqui como designativo daquele indivíduo que não completou dezoito anos de idade, nos moldes da Convenção dos Direitos da Criança, materializado, no Brasil, pelo Decreto nº 99.710/90 em seu art. 1º.

²⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

coibir agressões de toda espécie em desfavor do gênero feminino. O mesmo pode ser dito em relação aos idosos e às crianças, vez que também reclamam tratamento estatal diferenciado.

Note-se que, nesses casos, a vulnerabilidade econômica pode ou não estar associada àquela de natureza organizacional, de forma a não representar condição inafastável. Nesse sentido, destaque-se as *Regras de Brasília sobre o Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade* aprovadas na XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que teve lugar em Brasília no ano de 2008. Em sua segunda seção²⁶, reputa vulneráveis aquelas pessoas que, por condições especiais, encontram óbices aos exercícios de direitos de que são titulares.

Em entendimento similar, Malcolm Shaw afirma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se notabilizou por, após a segunda guerra mundial, perseguir a positivação de direitos voltados àqueles insertos em grupos sociais vulneráveis. Como exemplo, o autor ressalta o advento do Estatuto dos Refugiados, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra A Mulher, além da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Nessa linha, supera-se paradigma segundo o qual a carência material seria o único fator responsável pela vulnerabilidade social (SHAW, 2010, p. 891).

Diante do exposto, tem-se que o conceito ortodoxo de *necessitado*, pautado em viés unicamente econômico-financeiro, não se mostra suficiente para a garantia do acesso à justiça democrático. Mais do que uma releitura das normas constitucionais, é necessário examinar a possível mutação constitucional do conceito de *necessitado* presente no art. 134, *caput*, da Constituição Federal.

Como toda ideia, uma aferição cronológica linear do histórico do fenômeno da mutação constitucional se mostra uma tarefa particularmente inglória caso se pretenda fazê-lo com precisão cirúrgica. Em verdade, a concepção de que há uma distinção entre texto e norma, assim como a de que o Direito inexoravelmente sempre estará no encalço da realidade fática sempre permeou, de alguma forma, o pensamento jurídico. Em sendo assim, buscar-se-á um esboço histórico aproximado sobre o tema.

²⁶ Seção 2ª.- Beneficiários das Regras 1.- Conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade (3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

A doutrina aponta para um início de estudo a respeito da mutação constitucional no final do século XIX, irradiando-se da Europa continental para os países da América Latina, dentre eles o Brasil. Todavia, no âmbito jurídico, o termo foi pioneiramente utilizado no livro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, escrito por Paul Laband em 1895. Nessa obra, faz-se a distinção entre *Verfassungsänderung* e *Verfassungswandlung*, ou seja, entre reforma constitucional e mutação constitucional, entre processo formal e informal de alteração da Constituição. A partir daí, a doutrina jurídica empreendeu a lapidação do tema, a dar contornos mais específicos a esta (2009, p. 70).

O jurista George Jellinek, verticalizando o raciocínio apresentado por Laband, caracterizou a reforma constitucional como uma modificação expressa e voluntária do texto, enquanto a mutação constitucional seria diametralmente oposta, ou seja, resultaria de uma mudança involuntária de significado sem que, entretanto, ocorresse qualquer alteração do texto da norma. A seu turno, o chinês Hsü Dau Lin, em notória monografia sobre o tema, intitulada *Die Verfassungswandlung*, acrescentou mais um elemento à temática da mutação constitucional, qual seja, a disparidade entre normas constitucionais realidade constitucional real (2009, p. 71). Transcendeu-se a questão da alteração do significado normativo sem modificação textual, passando-se ao cotejo entre vida e norma, realidade e Direito.

Cumprido, ainda, mencionar o jurista Karl Loewenstein, o qual, mediante ótica sociológica, expõe entendimento no sentido de que a mutação constitucional ocorre de forma centrípeta, ou seja, a realidade política, social e econômica é alterada e, em face disso, a Constituição não pode remanescer impassível. As mudanças externas resultam em uma alteração do texto constitucional, sem que, todavia, haja qualquer impacto na sua literalidade.

Nesse momento, fica claro que a mutação constitucional configura fenômeno decorrente do entrelaçamento entre a realidade fática e a normativa, representando evento, até certo ponto, natural e inevitável. Isso porque o legislador jamais será capaz de acompanhar a velocidade da vida, de sorte que o Direito invariavelmente será precedido pelos fatos sociais.

No direito brasileiro, o instituto da mutação constitucional tem sido cada vez mais objeto de debate e análise. Anna Cândida da Cunha, em monografia específica sobre o tema, alude para a perspectiva de que a alteração do significado de normas constitucionais, pela mutação constitucional, decorre tanto de decisões judiciais quanto do costume e da lei. A seu turno, José Afonso da Silva ressalta o caráter nitidamente informal dessas alterações, a destacar a existência de processos modificativos do texto constitucional além daqueles formalizados na própria Constituição (KUBLISCKAS, 2009, p. 75). Há de se destacar, nessa

toada, que a mutação constitucional pode ter lugar de várias formas, uma delas é por interpretação judicial, sendo esta espécie objeto de foco no vertente artigo.

Posteriormente, sobreveio a afirmação de que o texto da Constituição seria o seu *programa normativo*, a comportar, por sua natureza aberta e porosa, uma série de significações, enquanto a realidade a ser regulada por aquele seria o seu *âmbito normativo*. A mutação constitucional seria justamente a modificação do *programa normativo* sem interferência textual.

No entanto, esse conceito amplo de mutação constitucional mereceu e ainda merece críticas veementes. A ampliação conceitual do fenômeno da mutação constitucional, principalmente na seara das constituições rígidas, nas quais o processo formal de alteração do seu texto demanda requisitos especiais, resulta em uma flexibilização excessiva do texto constitucional. Essa maleabilidade desmedida ocasiona sensível instabilidade jurídica, de sorte que a normatividade constitucional se torna débil, a carecer da necessária racionalidade frente uma realidade social dinâmica e, por vezes, caótica. Atropela-se o texto constitucional em prol de um senso irrefletido de atualização da norma ante os fatos (SARLET, 2015, p.483).

Por outro lado, há de se destacar que o conceito amplo de mutação constitucional foi desenvolvido aproximadamente no final do século XIX, momento este em que o controle de constitucionalidade ainda não havia se consolidado (2009, p. 75). Os mecanismos de jurisdição constitucional ainda eram insipientes, de forma que o texto constitucional ainda não era submetido diuturnamente ao crivo judicial como a viria a ser posteriormente.

Na medida em que o controle de constitucionalidade foi se firmando, o conceito restrito de mutação constitucional ganhou forma. A doutrina percebeu que o Poder Judiciário, rotineiramente, era chamado a solucionar contendas em que se mostrava imprescindível a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Aderir a um posicionamento genérico a respeito da mutação constitucional, significaria viver à sombra de um Judiciário com poderes para alterar o sentido do texto constitucional sem que, entretanto, se respeitasse os requisitos formais para tanto. Essa perspectiva era tormentosa, sobretudo em face movimento neoconstitucionalista e a nova hermenêutica constitucional advinda com ele. Conferir poderes excessivos ao magistrado, em conjuntura tão nova e ainda instável, assombrava a todos os juristas da época.

Sobreveio, assim, o conceito restrito de mutação constitucional. Sob esse viés restritivo a mutação constitucional demanda a observância de limites presentes na própria

Constituição, explícita ou implicitamente, sob pena de se institucionalizar uma espécie de transgressão constitucional, consoante expressão de Konrad Hesse (2009, p. 85).

Desse modo, a mutação constitucional deve respeito ao *programa normativo* da Constituição, ou seja, não pode o intérprete, a pretexto de harmonizar normas constitucionais com a realidade dos fatos, desvirtuar a própria essência daquelas. Assim, à luz dessa visão majoritária, o texto constitucional fornece limites tanto à sua alteração formal quanto ao seu processo informal de modificação, ou seja, à mutação constitucional.

Os limites atinentes à mutação constitucional não estão todos na Constituição, mas, em verdade, transcendem esta. A legitimidade da mutação constitucional também reside em base democrática da mesma, ou seja, ela deve ocorrer em casos em que palpitam demandas sociais específicas, as quais, por vezes, requerem uma atuação célere do intérprete para que não se deixe esvaziar a força normativa e o próprio objetivo do texto constitucional. Consectariamente, a mutação constitucional também é limitada pela própria soberania popular (BARROSO, 2009, p. 126).

De fato, a norma constitucional não pode ser vislumbrada de forma desconexa da realidade, sob pena de se alicerçar uma Constituição anacrônica e incapaz de se fazer presente normativamente no contexto da vida. Por outro lado, a norma constitucional também não pode ser dissociada da própria compatibilidade com o sistema constitucional no qual ela se insere.

Demais disso, os limites das mutações constitucionais decorrentes de interpretação judicial (interpretativas) são também extraídos do cotejo entre a compreensão lógica do texto da norma constitucional e a Constituição como um todo. Essa perspectiva unitária do texto constitucional, consoante alusão ao magistério de Luís Roberto Barroso acima mencionado, deve resultar de uma mescla entre processo (procedimento democrático institucionalizado) e substância (aspecto material da Constituição em meio à realidade constitucional) (SBROGIO'GALIA, 2007, p. 116).

Outrossim, a observância dos limites previstos na própria Constituição, faz com que a mutação constitucional respeite também o caráter democrático do texto constitucional. Dessarte, cumpre salientar que o titular do Poder Constituinte é o povo como um grupo homens que se delimita e se reúne politicamente, que é consciente de si mesmo como magnitude política e que entra na história atuando como tal (MENDES, 2009, p. 278).

Em suma, Anna Cândida da Cunha Ferraz destaca que o fenômeno da mutação constitucional busca compatibilizar as normas constitucionais com a realidade fática vigente. Trata-se, portanto, de processo informal de alteração do texto constitucional, cuja legitimidade democrática origina-se da manutenção da força normativa da constitucional, na

condição de decisão política fundamental de determinada comunidade. Por meio da mutação constitucional, mantém-se a eficácia social da norma constitucional cuja semântica é alterada (FERRAZ, 2010, p. 116).

Desse modo, o termo necessitado, disposto no art. 134, *caput*, do texto constitucional restou submetido ao processo de mutação constitucional. Essa decorreu não apenas do advento de alterações normativas²⁷, mas, sobretudo, de modificações ocorrida no mundo dos fatos. Atualmente, elementos que transcendem o aspecto econômico causam situações de vulnerabilidade, o que, inclusive, se amolda a noção apresentada de segunda onda renovatória. Por conseguinte, necessitado é todo aquele que apresente vulnerabilidade econômica ou organizacional.

Sob o prisma do acesso à justiça democrático, conjuga-se o conceito amplo de necessitado com a existência de órgãos que recepcionem e instrumentalizem demandas de natureza coletiva. Nessa situação, à Defensoria Pública incumbe tanto a assistência jurídica integral em favor daqueles que, individualmente, se enquadrem em contexto de carência material, bem como em favor de grupos indetermináveis de pessoas dotadas de vulnerabilidade em face de conjunturas específicas.

Ada Pellegrini Grinover aduz que o conceito de vulnerabilidade organizacional decorre das alterações estruturais ocorridas na sociedade. Decorre, portanto, se uma nova conjuntura em que os obstáculos ao acesso à justiça resultam de impasses que não aqueles ligados à exiguidade econômica. Desconsiderar essa nova matriz social significa violar o próprio acesso à justiça (GRINOVER, 2017, p. 124).

De outro lado, há ainda quem se refira a esse novo estado de vulnerabilidade como hipervulnerabilidade. Cristiano Heineck Scmitt assevera que, em potencial, todas as pessoas se mostram, vulneráveis diante do novo modelo de sociedade. A interligação por meio de meios de comunicação massivos, vínculos econômicos e afetivos mais amplos, faz com que todas as pessoas estejam suscetíveis a reflexos de conflitos de massas. Todavia, há grupos sociais que são hipervulneráveis, vez que, em adendo aos aspectos usuais de exposição, apresentam caracteres amplificadores. É o caso, novamente, dos idosos, em especial na condição de consumidores (SCHMITT, 2014, p. 218). Ademais, insta salientar que o Superior

²⁷ Conforme será explanado adiante, inúmeros diplomas normativos positivaram expressamente a legitimidade coletiva ante todas as espécies de direitos metaindividuais. Ressalte-se, outrossim, que o próprio texto do art. 134, *caput*, da Constituição Federal restou submetido a processo formal de alteração, mediante a EC. nº 80/14. Assim, há, atualmente, norma constitucional expressa em agasalhar a legitimidade coletiva defensorial.

Tribunal de Justiça também vem aplicando o conceito de hipervulnerabilidade, nos moldes semânticos pertinentes ao conceito de vulnerabilidade organizacional²⁸.

Por fim, note-se que a construção teórica de uma outra espécie de vulnerabilidade é inerente não só à atuação defensorial na seara coletiva, como para interpretar o acesso à justiça no âmbito da tutela coletiva. Assim, mesmo que se refira à vulnerabilidade organizacional ou hipervulnerabilidade através de outro signo linguístico, o que se está a afirmar que não se trata de aspecto estritamente econômico, mas de outra natureza.

²⁸ Corte Cidadã aduziu que seriam hipervulneráveis aqueles que - afora a questão econômica - são minoritários ou são submetidos a alguma forma de discriminação. Ver, no STJ, REsp nº 722.940/MG, rel. Castro Meira, DJe 23/04/2010.

3 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS

3.1. A DISCUSSÃO INICIAL ACERCA DA LEGITIMIDADE COLETIVA DEFENSORIAL

A discussão acerca da legitimidade coletiva da Defensoria Pública tem permeado toda a história da instituição. Antes de se debater, com base no julgamento da ADIn nº 3943/DF, a dimensão da legitimidade defensorial para o ajuizamento de ações coletivas, se questionava a sua própria existência. Por um interregno temporal considerável, o entendimento majoritário, seja doutrinário ou jurisprudencial, propugnava sua total inexistência.

Em linha restritiva de entendimento, restringia-se a atuação da Defensoria Pública àqueles casos em que pessoas vulneráveis economicamente necessitavam de assistência jurídica. Suas atribuições institucionais, nesse enfoque, limitavam-se ao acesso à justiça daqueles dotados de poucos recursos materiais. Por conseqüência, o conceito jurídico de necessitado, enquanto fato gerador da atuação defensorial, não somente seria indissociável da disponibilidade financeira do interessado, como também estaria adstrito a esta.

Nesse sentido, a compatibilização entre a vulnerabilidade econômica dos sujeitos de direito assistidos pela Defensoria Pública com a natureza transindividual dos direitos tuteláveis coletivamente se mostrou uma possibilidade remota. De forma objetiva, por se tratar de uma temática a ser aprofundada adiante, a impossibilidade de se determinar, no que tange aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos difusos, a condição econômica de cada titular significaria a ilegitimidade coletiva da Defensoria Pública. Em suma, nessa perspectiva, ao órgão Defensoria apenas caberia atuar na tutela de direitos individuais.

Outrossim, mesmo no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, o entendimento limitante, me parece, resultaria em ilegitimidade coletiva da instituição. Por mais que haja dissenso doutrinário a respeito da natureza coletiva ontológica²⁹ desses direitos, a sua tutela coletiva se funda, também, no interesse social correlato. Este interesse, em regra, decorre da amplitude numérica de pessoas que estão a titularizar direitos individuais homogêneos. Assim, configura-se inconcebível aferir o estado financeiro de cada, de forma que, também nessas hipóteses, careceria de legitimidade coletiva ao Órgão Defensorial.

Essa visão limitante da atuação defensorial tem sua gênese ligada à fundamentalização

²⁹ A precitada divergência doutrinária será aprofundada no segundo capítulo, especificamente no tema relativo à extensão da legitimidade coletiva defensorial.

formal do direito à assistência jurídica pelo texto constitucional de 1988. Em seu art. 5º, inciso LXXIV, estatui-se o dever estatal de garantir o acesso à justiça àqueles que declararem a exiguidade de recursos³⁰. Outrossim, a redação original do art. 134 da Constituição Federal³¹ estabelecia a Defensoria Pública como órgão responsável pela concretização do direito à assistência jurídica, consoante o previsto no referenciado art. 5º, inciso LXXIV. Historicamente, portanto, a constitucionalização da Defensoria Pública restou umbilicalmente ligada à noção de vulnerabilidade econômica.

Em consonância com a já trabalhada noção de primeira onda renovatória do acesso à justiça, buscou-se, inicialmente, aprimorar esse direito por intermédio da facilitação do ajuizamento de pretensões individuais por pessoas carentes do ponto de vista econômico.

Acerca dessa tendência preliminar, os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery a remetem ao estágio tradicional do processo civil, qual seja, aquele ligado à tutela de direitos individuais. Por conseguinte, nessa primeira etapa, o que se almejou foi promover o acesso à justiça sob um prisma individual, ou seja, a se analisar a condição individual de cada pessoa, especificamente os impasses de ordem material (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 904).

Nesse contexto, aos indivíduos destituídos de recursos materiais a Defensoria Pública representou garantia fundamental no que tange à consubstanciação do direito à assistência jurídica integral e gratuita. Cumpre salientar que o texto constitucional foi abrangente ao utilizar o termo *jurídica* ao invés de *judiciária*, o que resultou na possibilidade de atuações extrajudiciais do Órgão Defensorial em prol de seus assistidos.

Além disso, conforme salienta Tiago Fenterseifer⁽²⁰¹⁵⁾, a amplitude adotada pelo constituinte significou, também, a adoção de uma visão extensiva a respeito do acesso à justiça. Como consectário do que foi dito no primeiro capítulo, o texto constitucional, já em sua redação primária, expunha a necessidade de se implementar mecanismos de promoção do acesso à justiça também fora do Judiciário. Trata-se, inclusive, de expediente frequente no âmbito da Defensoria Pública como um todo, vez que não raro as pessoas a ela se dirigem para dirimir dúvidas de natureza jurídica.

Contudo, o direito ao acesso à justiça, assim como da própria assistência jurídica

³⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (BRASIL, 1988, art. 5º).

³¹ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (BRASIL, 1988, art. 134).

gratuita, foram concebidos em uma conjuntura em que se reduzia o processo civil à instrumentalização da tutela de direitos tipicamente individuais. Acerca do tema, o autor Mauro Cappelletti ⁽¹⁹⁷⁷⁾ destaca a crescente complexidade social como fato gerador das chamadas violações de massa. Trata-se de fenômenos sociais em que direitos titularizados por agrupamentos da comunidade acabam por ser vulnerados de modo massificado, a dificultar ou impossibilitar a aferição individual das lesões jurídicas ocorridas.

Em linha similar, Cláudia Lima Marques (2011) exemplifica o citado contexto por meio de lesões a direitos do consumidor e ao meio ambiente em geral. Nesses casos, segundo a professora, a finalidade da tutela dos direitos violados não se restringe à recomposição da esfera jurídica singular de cada titular lesado, visto que, por regra, refere-se a contingentes sociais indeterminados ou indetermináveis. O desiderato, portanto, da tutela coletiva se relaciona com o interesse público emergente diante da dimensão intrínseca a danos de ordem difusa.

Por conseguinte, se mostrou imperiosa a releitura de institutos típicos do chamado processo civil individual, a fim de que se adequassem às peculiaridades da tutela coletiva de direitos. Ademais, os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos também seguiram o mesmo caminho, sobretudo porque se constatou as singularidades das características dos direitos metaindividuais.

Esse novo cenário significou um divisor de águas para a abrangência das funções institucionais da Defensoria Pública. Ou se empreendia construção teórica com o escopo de legitimá-la ao ajuizamento de ações coletivas, ou se entendia ela, definitivamente, pela sua atuação adstrita à seara individual e vinculada à vulnerabilidade de ordem econômica.

Inicialmente, buscou-se interpretações essencialmente filológicas no sentido de destituir sua legitimidade coletiva com base na ausência de previsão legal expressa. A Lei 7.347/85 e a Lei 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – originariamente não introduziram a Defensoria Pública no rol de legitimados à promoção da tutela coletiva. O silêncio do legislador, dessarte, reforçou o entendimento de que caberia àquela instituição apenas garantir o acesso à justiça mediante a oferta gratuita de assistência jurídica no âmbito dos direitos individuais.

Na seara dos direitos transindividuais, não se mostrava viável a conciliação desse posicionamento restritivo e a titularidade indeterminada típica daqueles. Contudo, a ausência de previsão normativa não impediu que situações ligadas à tutela coletiva fossem levadas ao Órgão Defensorial, o que gerou o ajuizamento de ações coletivas pela instituição. Dessa forma, os tribunais brasileiros foram instados a decidir acerca da referida celeuma. A seu

turno, o Superior Tribunal de Justiça, de forma emblemática, encampou tese pela legitimação da Defensoria Pública para fins de tutela coletiva.

De forma representativa do posicionamento adotado por aquele Tribunal Superior, no Resp 555111/RJ³² (BRASIL, 2006), entendeu-se pela legitimidade da Defensoria Pública para que, por meio de seu núcleo especializado na proteção dos direitos do consumidor, viesse a ajuizar ação coletiva no âmbito da correlata pertinência temática. Essencialmente, o Superior Tribunal de Justiça concebeu a legitimidade coletiva defensorial, nesse contexto, de forma consectária ao que se encontrava previsto no art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Dessarte, a se considerar a Defensoria Pública como órgão estatal, nada obstante sua autonomia constitucional, o Tribunal Superior empreendeu interpretação no sentido da previsão expressa de sua legitimidade coletiva.

No entanto, por não configurar juridicamente como entendimento vinculante, a posição adotada pelo STJ não pôs termo à discussão acerca da legitimidade coletiva defensorial, mormente pelo fato de as vozes contrárias argumentarem não só pela usurpação de atribuições inerentes ao Ministério Público, como também, por conseguinte, a inconstitucionalidade desse expediente.

De outro lado, haveria a possibilidade do ajuizamento de ação coletiva pela Defensoria Pública em outros casos já aceitos pela doutrina e jurisprudência majoritária à época, mas em condições distintas. Na hipótese, os professores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁽²⁰¹⁷⁾ exemplificam a questão com uma situação em que determinada associação de moradores procura o Órgão Defensorial para a promoção da tutela coletiva de dano ambiental.

Contudo, o referido caso abstrato se refere apenas à representação judicial de pleito

³² PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciais no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a consequente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 555111 RJ 2003/0116360-9, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 05/09/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 18/12/2006 p. 363)

associativo, ou seja, o preenchimento de pressuposto processual relativo à capacidade postulatória. Não guarda qualquer relação essencial com o instituto da legitimidade extraordinária ou substituição processual intrínseca à tutela coletiva de direitos metaindividuais.

Em consequência, o próximo tópico irá tratar, detalhadamente, dos argumentos contrários apresentados em desfavor dessa legitimidade coletiva do Órgão Defensorial. Como esclarecimento antes de se prosseguir no estudo, ressalta-se que o debate a ser examinado se insere na conjuntura vigente quando da promulgação da Lei 11.448/2007, a qual positivou expressamente a legitimidade coletiva da Defensoria Pública.

3.2 O DEBATE ACERCA DA LEGITIMIDADE COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA À ÉPOCA DA PROMULGAÇÃO DA LEI 11.448/07

Como sobredito, conquanto o advento da Lei 11.448/07, ao menos formalmente, tenha modificado os contornos do debate em derredor da legitimidade coletiva defensorial, cabe se debruçar sobre o primeiro cenário argumentativo acerca da temática.

Em consonância com o que foi ventilado em momento anterior, com base na redação originária do art. 134 da Constituição Federal, o qual remetia a atuação defensorial aos vulneráveis do ponto de vista econômico. De forma objetiva, trata-se de interpretação estritamente filológica, a qual dissente, consideravelmente, da chamada nova hermenêutica constitucional³³.

Diante da concepção restritiva de que somente em casos de carência material individualizada ou individualizável poderia o Órgão Defensoria atuar, funcionava como base fundamental os argumentos contrários à sua legitimidade coletiva. Por outro lado, mesmo aqueles contrários à sua legitimação, buscaram uma construção teórica mista por assim dizer.

Nesse viés, o autor Emerson Garcia (2009) expõe raciocínio que tenta harmonizar a

³³ Em consonância com o aspecto apresentado, cabe destacar o pós-positivismo como vertente teórica da nova hermenêutica constitucional. O pós-positivismo reaproximou o Direito da Moral, afinal já havia ficado mais do que claro que aquele não se autojustificava e, portanto, se mostrou inevitável o recurso a elementos extrajurídicos para fundamentá-lo. Nessa perspectiva, o texto constitucional naturalmente se destacou por conta de sua textura flexível a aberta, principalmente ante a presença de princípios, a comportar maiores ponderações a respeito de aspecto meta-jurídicos. Portanto, segundo o professor Daniel Sarmento é precisamente na seara da Constituição que o intérprete deve buscar uma diversidade interpretativa que, sem desvirtuar a norma, concretize ao máximo a finalidade constitucional (SARMENTO, 2006, p. 99). No momento em que atesta a força normativa de princípios como o do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, abre-se as portas para o debate de cunho moral a respeito dos institutos jurídicos. No entanto, ressalte-se que não há uma dissolução total da divisão entre Direito e Moral, mas sim, pela primeira vez, após longos anos, um intercâmbio entre as duas searas. (SARMENTO, 2006).

vulnerabilidade econômica como único fato gerador da atuação defensorial com a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas por aquela instituição.

O referido autor afirma que, de fato, o Órgão Defensorial apenas deve atuar em casos de necessidade econômica. Todavia, isso não representaria obstáculo apriorístico à legitimidade coletiva defensorial, mas sim um fator de limitação. Segundo sua ótica, com base na coerência sistemática do texto constitucional, não há óbice abstrato à tutela coletiva promovida pela Defensoria Pública, desde que tenha lugar em circunstância na qual seja possível aferir, individualmente, o estado econômico de cada interessado.

Em seguida, no que tange aos direitos difusos, o mencionado autor se posiciona pela total inviabilidade da legitimidade coletiva da Defensoria Pública. Segundo a sua visão, os direitos difusos, por serem de titularização indeterminada, não são passíveis de análise singular dos interessados envolvidos.

Portanto, a se considerar que ao Órgão Defensorial somente incumbe garantir assistência jurídica gratuita àqueles vulneráveis economicamente, não poderia atuar em prol da tutela de direitos difusos. Isso porque essa espécie de direitos metaindividuais abrange, por regra, amplo grupo de pessoas, a incluir aqueles que não possuem carência de recursos materiais.

Ademais, como último argumento, o autor afirma que, no caso do Ministério Público, há previsão constitucional expressa, no art. 129, inciso III, da Constituição³⁴, de sua legitimidade para a promoção da tutela dos direitos difusos. No caso da Defensoria Pública, o silêncio legislativo seria eloquente, a sinalizar sua ilegitimidade para tanto.

Entretanto, há de se examinar detalhadamente os mencionados argumentos. Em relação à restrição da legitimidade coletiva da instituição apenas nos casos relativos a direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, sobre o fundamento de que nestes seria possível a aferição da esfera econômica individual, padece não só de lógica, bem como se mostra impraticável.

Do ponto de vista lógico, ressalta-se a redação do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, além da própria definição doutrinária correlata. Percebe-se que a característica não só dos direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, como também dos direitos difusos, é a amplitude considerável do universo de titulares e interessados. Essa característica foi, inclusive, salientada por Teori Zavascki ao afirmar que os direitos

³⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988, art. 129).

individuais homogêneos seriam, a rigor, acidentalmente coletivos (ZAVASCKI, 2011). Por isso, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos se justificaria pelo interesse social envolvido, o qual, por sua vez, decorreria, também, da dimensão e titulares e interessados envolvidos.

Em face do exposto, constata-se que, seja qual for o direito metaindividual, por natureza, se estará diante de lesão efetiva ou potencial em relação a um grupo numeroso de pessoas. Diante de tal fato, inevitável a ponderação acerca da maneira pela qual se obteria, de forma eficiente, informações atinentes à situação econômica de cada um dos titulares. Na concepção limitante retrocitada, somente nessa hipótese a Defensoria Pública seria legitimada a instaurar a tutela coletiva.

Com o desiderato de esclarecer o argumento aqui apresentado, apresenta-se um exemplo elucidativo. Imagine-se que uma empresa concessionária de serviço de transporte coletivo decide onerar abusivamente o sistema tarifário em face dos passageiros, ou seja, consumidores (BRASIL, 2010). Nesse cenário, por abstração, caso algum ou alguns dos usuários de transporte coletivo não se enquadrasse no conceito de necessitado econômico, estaria o Órgão Defensorial deslegitimado a tutelar os direitos transindividuais correlatos. Outra questão também merece análise: de que forma seria possível aferir o nível de recurso materiais de cada um dos interessados. Em outras palavras, como individualizar cada uma das esferas jurídicas dos titulares e interessados, de modo a evitar uma tutela inócua por sua extemporaneidade.

A primeira ponderação, caso se adote a concepção restritiva, poderia vir a resultar em situações nas quais à Defensoria Pública careceria de legitimidade coletiva em face de uma análise meramente numérica acerca dos titulares dos direitos metaindividuais vulnerados. Esse quadro destoaria de um dos mais importantes princípios a regerem a tutela coletiva, qual seja, aquele que estatui a primazia do conhecimento do mérito da demanda coletiva³⁵.

Com efeito, ao se tentar conciliar a noção restritiva de atuação defensorial com a sua legitimidade coletiva, se produz tautologias de remota – ou inviável – solução na prática. Dito de outro modo, ao se asseverar que somente economicamente vulneráveis estariam aptos a se beneficiar das funções institucionais daquele órgão, impõe-se um obstáculo intransponível à tutela coletiva eficiente. Nessa seara, a legitimidade coletiva da Defensoria Pública

³⁵ Segundo os professores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, a primazia de exame de mérito não configura característica inaugurada na seara da tutela coletiva. Decorre, tanto no processo individual como no coletivo, da instrumentalidade das formas, a prestigiar a concepção do processo enquanto meio inerente à finalidade de se obter a paz social. No âmbito da tutela coletiva, esse postulado tem sua importância potencializada, vez que a lesão coletiva apresenta proporções muito maiores se comparada aos danos de cunho individual (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017).

difícilmente transcenderia do formalismo à realidade.

Lado outro, há autores, a exemplo de Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, 2011, p. 111), que buscam um equilíbrio entre o posicionamento limitante e sua incidência na tutela coletiva. Na ótica do autor, poder-se-ia restringir, subjetivamente, na petição inicial, aqueles indivíduos que estaria a ser substituídos processualmente na demanda coletiva por atuação defensorial. Contudo, tal opção esbarra nas características intrínsecas da coisa julgada coletiva³⁶. Por regra, mesmo no caso dos direitos individuais homogêneos, em eventual decisão judicial que julgue procedente o pedido veiculado em ação coletiva, todos os titulares serão beneficiados. Portanto, esse expediente de nada adiantaria, de forma que os titulares não inclusos no conceito de necessitado econômico também seriam beneficiados por eventual ação coletiva intentada pelo Órgão Defensorial.

Ante a amplitude típica da senda metaindividual, se mostra consideravelmente intrincado conceber cenário no qual, no âmbito da tutela coletiva de direitos, todos os interessados venham a ser economicamente carentes. Por outro lado, mesmo que circunstâncias como esta venham a se concretizar, elas seriam quantitativamente inexpressivas ante as inúmeras facetas possíveis no contexto dos direitos transindividuais.

O que se está a afirmar, nesse ponto, é precisamente a incompatibilidade entre a concepção limitante em relação à atuação defensoria e sua legitimação para fins de tutela coletiva. Portanto, ou se adota entendimento segundo o qual a Defensoria Pública somente deve atuar na disponibilização da assistência jurídica no âmbito dos direitos individuais, observada a carência econômica dos assistidos, ou se aplica uma visão ampla à questão.

No que concerne à previsão constitucional expressa da tutela coletiva de direitos metaindividuais em relação ao Ministério Público, há de se situar cronologicamente o mencionado argumento. O artigo escrito pelo autor Emerson Garcia (2009) se insere em período em que a Constituição Federal somente previa, expressamente, a tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público.

O principal artigo que regia as atribuições institucionais da Defensoria Pública, a saber, o art. 134, *caput*, da CFRB, se restringia a remetê-las ao dispositivo constitucional atinente à assistência jurídica gratuita daqueles declaradamente necessitados. Como sobredito, essa sistemática constitucional representa, ainda atualmente, um dos principais fundamentos do entendimento restritivo demonstrado. Todavia, além desse argumento, a ausência de previsão constitucional expressa era vista como um silêncio eloquente do legislador, mesmo

³⁶ O tema será verticalizado em tópico específico posterior.

diante de cânones da hermenêutica constitucional, a exemplo do princípio da máxima efetividade.

Assim, ao se verificar previsão expressa, no art. 129, inciso III, da CFRB, no que diz respeito ao Ministério Público, construiu-se o argumento de que a sua ausência, em relação à Defensoria Pública, significaria a ilegitimidade desta. Por outro lado, esse viés interpretativo culminaria em redução considerável da eficácia social da norma inserta no art. 5º, inciso LXXIV, relativa à prestação da assistência jurídica gratuita àqueles comprovadamente destituídos de recursos materiais suficientes. Isso porque inviabilizaria a assistência jurídica gratuita prestada pelo Órgão Defensorial justamente naquelas hipóteses em que um maior número de pessoas necessitaria, ou seja, nas situações de lesões a direitos transindividuais.

3.3 DEFENSORIA PÚBLICA E TUTELA COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA DEMOCRÁTICO

Discorrer a respeito da atuação da Defensoria Pública no âmbito do processo coletivo demanda a construção inicial do firmamento teórico sobre o qual se funda sua relação com o acesso à justiça. Conforme dito anteriormente, não se pode restringir o acesso à justiça à judicialização de demandas e seus mecanismos correlatos. Pela mesma razão, não há de se limitar sua relação com a tutela coletiva somente ao argumento de que a reunião de várias pretensões, em um único processo, significa a concretização do acesso à justiça.

Em consonância com o que será demonstrado, esse entendimento superficial decorre da consolidação do processo civil individual. Inevitavelmente, por anteceder a noção de justiciabilidade coletiva, a sistematização do processo com foco em direitos individuais ou na titularização determinada desses direitos, há uma tendência em concebê-la apenas sob a ótica quantitativa. Com efeito, é equivocada a concepção de que a conexão entre acesso à justiça e tutela coletiva limita-se ao elevado número de pessoas cujas esferas jurídicas são afetadas pelo advento da coisa julgada coletiva.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth esclarecem que o processo civil tradicional não permite a salvaguarda satisfatória dos direitos transindividuais, visto que sua essência se refere à solução de controvérsias existentes entre partes determinadas (CAPPELLETTI, 2015, p. 55). Demais disso, em alusão ao tema central desse trabalho, há de se salientar que o caráter peculiar da legitimidade no processo coletivo expõe precisamente o que se está a dizer a respeito do tratamento especial a ser conferido à teoria geral do processo coletivo.

Antonio Gidi (1995, p. 41) ressalta que o formato ortodoxo de processo civil se funda na ideia de que o jurisdicionado defende, em seu próprio nome, o direito material de que se reputa titular, o que se denomina legitimação ordinária. Por outro lado, no âmbito do processo coletivo, a discussão relativa à legitimidade é essencial, visto que judicialização de demandas coletivas relativas a direitos na titularizados pelos legitimados configura cenário excepcional.

No que concerne ao modelo de tutela coletiva de direitos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015), ao examinarem a problemática inerente à segunda onda de acesso à justiça, apresentam três possíveis padrões de concretização da representatividade coletiva. O primeiro diz respeito à ação governamental, na qual a lei viabiliza a judicialização coletiva por intermédio de instituições públicas, a exemplo da Defensoria Pública e do Ministério Público. O segundo padrão corresponde à Técnica do Procurador-Geral Privado, sendo que nesta os sujeitos de direito individualmente considerados podem vir a ajuizar ações de natureza coletiva, tal como ocorre, no Brasil, na ação popular, consoante o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 51-63).

Por sua vez, a técnica do Advogado Particular do Interesse Público possibilita que agrupamentos de indivíduos sejam autorizados legalmente a manejar ações coletivas, tal como ocorre com as associações no ordenamento jurídico pátrio. Verifica-se, conseqüentemente, que o microssistema de processo coletivo brasileiro possui, simultaneamente, características pertinentes a cada um dos modelos retrocitados.

Dessa forma, o que se quer frisar é precisamente a relevância da legitimidade prevista em lei para fins de justiciabilidade coletiva de direitos transindividuais. No entanto, antes de prosseguir, importa esclarecer que a mencionada legitimidade é aquela intitulada *ad processum*, ou seja, refere-se à capacidade de estar em juízo. A legitimidade para agir (*ad causam* ou *ad agendum*), a seu turno, se refere à pertinência subjetiva da ação, de forma que sua existência está condicionada à conexão entre o sujeito processual e a relação jurídica substancial judicializada (DIDIER JR., 2017, p. 229).

No entendimento de Hugo Nigro Mazzilli (2016, p. 135), a legitimidade coletiva está intrinsecamente ligada à representatividade adequada, ou seja, há, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão legal de um rol de legitimados, de sorte que a sua aferição é apriorística, isto é, independente do direito material inserto no objeto litigioso da demanda.

Nesse contexto, a atuação defensorial possui aspecto distinto em relação a todos os demais legitimados coletivos previsto no Código de Defesa do Consumidor, na Lei 7.347/85 e, principalmente, na Lei 8.429/92. Isso porque a Defensoria Pública, desde sua gênese,

mantém vínculos estreitos com a parcela da sociedade rotineiramente rechaçada das instâncias decisórias.

Não obstante a legitimidade coletiva da Defensoria Pública seja examinada habitualmente sob a ótica dogmático-jurídica, ou seja, através do cotejo entre o que está disposto nas legislações integrantes do microssistema processual coletivo e os dispositivos constitucionais e legais que dizem respeito às suas atribuições, não se pode perder de vista a questão do acesso à justiça democrático.

Dessarte, a previsão de legitimados extraordinários para os fins de judicialização de demandas coletivas representa medida legislativa harmônica ao acesso à justiça. Consoante asseverado, a tutela coletiva de direitos requer, para sua efetivação, um aparato econômico e técnico considerável. Todavia, Rodolfo de Camargo Mancuso (2015, p. 146) ressalta que, no Brasil, o número de ações coletivas ajuizadas por associações representativas da sociedade ainda não é considerável se comparado àquele relativo à atuação do Ministério Público.

Constata-se, conseqüentemente, uma propensão aos grupos sociais recorrerem a outros legitimados, a exemplo da própria Defensoria Pública. Dito de outro modo, a existência de instituições capazes de promover a representação adequada dos interesses metaindividuais é imprescindível à efetividade do acesso à justiça democrático. Não se trata de enaltecer a ideia superficial no sentido de que o acesso à justiça é prestigiado meramente a partir do ajuizamento de demandas coletivas. O que se está a defender é precisamente a existência de um ambiente democrático em que se possa ter acesso a fim de se empreender a proteção de interesses transindividuais, sendo imprescindível, para aquele, órgãos públicos cujo escopo se refira à assistência jurídica.

Não somente sob o aspecto de ajuizamento de ações coletivas, mas também no que concerne à orientação jurídica extrajudicial àqueles que buscam formas de proteger ou realizar os seus direitos. Assim, uma das principais atribuições institucionais da Defensoria Pública é justamente a orientação jurídica, de forma a ofertar à população carente informações necessárias à reivindicação de seus direitos.

A partir desse contato perene entre o órgão defensorial e o contingente necessitado – em seu conceito amplo – da sociedade, a instituição se depara com problemáticas que podem vir a envolver a violação do direito à moralidade administrativa. Com isso, impedir a legitimidade coletiva nesses casos significa limitar sensivelmente o acesso à justiça democrático, sobretudo de grupos sociais vulneráveis.

Esses grupos desfavorecidos pelas mais diversas razões levam os seus pleitos àquela instituição principalmente pelo fato de esta atuar, preponderantemente, com indivíduos

carentes do ponto de vista econômico e, também, organizacional. Não só por conta das funções típicas – conceito verticalizado adiante – mas também para obter assistência jurídica que não raro se relaciona com a conduta da Administração Pública no que diz respeito ao gerenciamento de recursos públicos.

Endossar o entendimento, por conseguinte, de ilegitimidade defensorial significa obstaculizar a atuação institucional no intuito de conceder meios, judiciais e extrajudiciais, de se reclamar a observância da moralidade administrativa àqueles que mais sofrem com a malversação do patrimônio público. Inadmitir a possibilidade de a Defensoria Pública ajuizar ação civil pública de improbidade resulta em fechar uma porta preciosa àqueles que buscam, mediante o acesso à justiça democrático, a realização da moralidade administrativa.

Exemplo do que se está a explicar é o aspecto referente ao poder de requisição³⁷, o qual resulta da aplicação da teoria dos poderes implícitos às atribuições defensoriais contidas no texto constitucional, bem como da previsão no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar 80/94. Ao se entender pela ilegitimidade coletiva da Defensoria Pública, se estará fortalecendo a errônea concepção de que a mesma não possui o poder de requisitar informações de órgãos públicos com o escopo de concretizar suas atribuições constitucionais.

Se a Constituição Federal confere ao órgão defensorial o dever de orientação jurídica e proteção dos direitos humanos individuais e coletivos *lato sensu* nas searas extrajudicial e judicial, nada mais lógico que também lhe outorgue, embora implicitamente e por meio de uma interpretação sistemática e teleológica, os meios para tanto. Um desses meios é justamente o poder de requisição, veiculado no dispositivo legal supramencionado, por intermédio do qual a instituição possa reunir as informações necessárias à sua atuação.

Percebe-se, portanto, que inviabilizar a promoção do direito metaindividual à moralidade administrativa, pela Defensoria Pública, significa, em última instância, torná-la inócua ante as denúncias referentes ao possível cometimento de atos de improbidade. Significa afirmar que se o órgão defensorial não pode ajuizar ações civis públicas de improbidade, em última análise, também não poderá promover, de forma eficiente, a assistência jurídica no tocante ao direito à moralidade.

Subtrai-se, por conseguinte, viés importante da tutela coletiva de direitos, sobretudo a se considerar o alto grau de relevância da moralidade administrativa para a realização de interesses transindividuais. Retira-se dos grupos sociais vulneráveis a possibilidade de, por

³⁷ O poder de requisição da Defensoria Pública tem previsão legal expressa em diversos dispositivos da Lei Complementar nº 80/94, a exemplo do art. 128, inciso X. Há, também, entendimento no sentido de que o poder de requisição possui base constitucional no art. 5º, LXXVIII, da CF/88 (LIMA, 2014, p. 340).

intermédio da Defensoria Pública, reclamarem o direito a uma Administração Pública proba. Isso porque, além da aptidão para representatividade difusa adequada, a vocação institucional do órgão defensorial consiste na defesa dos direitos humanos de contingentes sociais necessitados em um aspecto amplo.

Ademais, consoante se aprofundará adiante, não se mostra satisfatória argumentação no sentido de que, embora ilegítima a Defensoria Pública, o Ministério Público ocuparia esse vácuo representativo. Além de a legitimidade coletiva ser caracterizada pela disjunção e concorrência, ou seja, é atribuída, simultaneamente, a todos os legitimados, tem-se que a atuação daquele órgão é diferenciada. Consoante afirmado ao longo de todo o texto, as atribuições institucionais da Defensoria Pública resultam em um contato mais estreito com os grupos sociais vulneráveis.

Consectariamente, cabe, nos tópicos subsequentes do presente capítulo, a análise criteriosa da dimensão da legitimidade da Defensoria Pública para fins de justiciabilidade coletiva de direitos. Ressalte-se que o exame a ser empreendido não se limitará a aspectos técnico-jurídicos, mas se conectará, ao longo de todo seu desenvolvimento, ao conceito de acesso à justiça democrático.

3.4 O JULGAMENTO DA ADIN N. 3943/DF. LINHAS INTRODUTÓRIAS

Como explanado anteriormente, por muito tempo, a legitimidade defensorial para o ajuizamento de ações coletivas foi objeto de celeuma doutrinária e jurisprudencial. Desde o advento da Lei da Ação Civil Pública, no ano de 1985, assim como do Código de Defesa do Consumidor cinco anos depois, subsistia entendimento restritivo acerca do tema. Nessa linha limitante, o órgão defensorial estaria destituído de legitimidade coletiva em face da ausência de previsão legal respectiva.

Para além da inexistência de previsão normativa, segundo essa vertente de raciocínio, a redação original do art. 134, *caput*, da Constituição Federal, ao estatuir que ao órgão defensorial caberia a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, limitaria a sua atuação à seara dos direitos individuais. Isso porque somente seria possível singularizar a esfera patrimonial dos assistidos pela Defensoria Pública caso se tratasse de direitos individuais, bem como em menor escala quantitativa. Isso porque, mesmo em relação a direitos ontologicamente individuais, embora eventualmente indisponíveis dada sua relevância jurídica, caso se refiram a um número elevado de titulares, restaria impraticável precisar a condição de necessitado, ou não, de cada sujeito de direitos.

Exemplo disso diz respeito justamente à espécie de direitos metaindividuais, qual seja, os direitos individuais homogêneos. Conquanto a doutrina majoritária repute tais direitos como essencialmente individuais, ou acidentalmente coletivos, por previsão legal³⁸ no art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, podem ser objeto de tutela coletiva. Assim, dentro dessa ótica restritiva da atuação defensorial, imagine uma hipótese na qual um grupo de moradores de determinado bairro vise, por intermédio da Defensoria Pública, judicializar a coletiva demanda referente à reestruturação dos logradouros da localidade, sobretudo no que diga respeito a questões de acessibilidade.

Nessa hipótese, não raro algumas pessoas do citado grupo não se encaixariam no conceito jurídico de necessitado³⁹, de modo a inviabilizar a legitimidade da Defensoria Pública para judicializar a referida demanda. Todavia, por mais que se admitisse a viabilidade de um litisconsórcio ativo multitudinário, com o desiderato de tutelar individualmente tais direitos, o óbice seria de ordem prática. Não seria possível analisar a esfera econômico-financeira de um grupo considerável de pessoas, composto não só por aqueles diretamente interessados na questão de fundo, mas também pelos indivíduos afetados reflexamente pela sua judicialização. Por conseguinte, dentro da noção limitante de atuação defensorial, restava sua atuação em favor de agrupamentos sociais, seja pela via individual, seja, principalmente, pelo viés coletivo.

Por consectário, restringe-se a atuação defensorial ao âmbito relativo aos financeiramente vulneráveis. Contudo, trata-se de posicionamento anacrônico e em descompasso com a realidade vivida por aqueles que carecem da Defensoria Pública para exercer o direito ao acesso à justiça democrático, sobretudo no que diz respeito aos direitos coletivos em sentido amplo. Encontra-se, ademais, em rota de colisão com um princípio amplamente manejado pelo Supremo Tribunal Federal em processos objetivos de controle de constitucionalidade, qual seja, o da máxima efetividade das normas constitucionais.

³⁸ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990, art. 81).

³⁹ Esclarecem os professores Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (2012) que, por regra, se entende que o necessitado jurídico, para fins de judicialização de demandas cíveis, é aquele incapaz de arcar com os inerentes custos processuais sem que prejudique o seu sustento ou a subsistência daqueles que porventura dele dependam. Entretanto, entendem pela possibilidade da definição, por cada Defensoria Pública, de parâmetros objetivos para fins de aferição da condição de necessitado, respeitadas das peculiaridades que se apresentem na situação fática.

Na concepção de Luís Roberto Barroso (2009, p. 255), o princípio da máxima efetividade, ou simplesmente da efetividade, resulta da aplicação, na seara da interpretação constitucional, da teoria dos atos jurídicos pertinente ao direito privado. Segundo a mesma, o instituto da eficácia, em última análise, corresponderia à aptidão de um ato jurídico para a realização da função social do Direito sobre o qual ele se funda. Em outras palavras, a eficácia, no contexto interpretativo das normas constitucionais, representa a aproximação do *dever-ser* normativo e o *ser* inerente à realidade fática. Destaque-se que, nessa visão, não se limita a realização do Direito apenas à sua estrutura normativa, mas também se leva em consideração os fins sociais da norma.

De outro lado, o referido constitucionalista alerta para o risco da tentativa inócua de isolar o objeto do direito constitucional ante elementos metajurídicos. Isso porque o texto constitucional, mais do que qualquer outro, possibilita, por meio de seu texto marcadamente principiológico, a manifestação do arcabouço axiológico social vigente. Desse modo, a interpretação das normas constitucionais, mormente daquelas relativas aos direitos e às garantias fundamentais, deve prestigiar o sentido capaz de dotá-la da maior eficácia possível diante das circunstâncias de cada caso (BARROSO, 2009, p. 104).

Konrad Hesse (1991, p. 88), por sua vez, afirma que o intérprete não deve se prender, no exercício da compreensão e da aplicação dos postulados constitucionais, às fronteiras materiais ou históricas em que se insere, de modo que a busca pelo sentido das normas constitucionais deve preconizar, primordialmente, a força normativa da Constituição.

Por outro lado, na ótica de José Adércio Leite Sampaio, não se trata de obliterar os obstáculos fáticos à realização do conteúdo do texto constitucional, mas de interpretá-la com o escopo de conferir ao preceito normativo a máxima efetividade possível à luz de suas finalidades sociais (SAMPAIO, 2013, p. 461).

Dessarte, confinar o termo *necessitados* ao seu viés econômico é, em última instância, obstaculizar não só a efetividade da norma prevista no art. 134, *caput*, da Constituição Federal, como também todo regime jurídico-constitucional pertinente às funções institucionais da Defensoria Pública. Embora a temática relativa às funções típicas e atípicas da Defensoria Pública seja objeto de exame específico no tópico subsequente, sua menção, nesse momento, se mostra imprescindível à compreensão da tese jurídica firmada em decorrência do julgamento da ADIn nº 3943/DF.

Como sobredito, antes da Lei 11.448 de 2007, a qual positivou, no art. 5^a da Lei 7.347/85, o entendimento restritivo acerca da legitimidade coletiva do órgão defensorial, reverberava com muito mais força. Desconsiderava-se a teoria geral do processo coletivo,

sobretudo o correlato aspecto do microssistema normativo, a se argumentar que se estaria diante de um silêncio eloquente do legislador (MAZZILLI, 2014, p. 102). Significava dizer que somente estariam legitimados a promover a tutela coletiva de direitos metaindividuais aqueles entes expressamente previstos na retrocitada lei e no Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, conforme noticia Edilson Santana Gonçalves Filho (2015, p. 55), inobstante a ausência de previsão legal, foram erigidos raciocínios no sentido de conceber a legitimidade coletiva defensoria. Esse posicionamento alicerçava-se no tanto disposto no art. 82, inciso III, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o qual dispõe acerca da legitimidade órgãos de proteção do consumidor para o ajuizamento de ações coletivas correlatas. Portanto, bastaria a existência, no âmbito da Defensoria Pública, de órgãos cuja pertinência temática estivesse ligada à questão consumerista para que se reputasse legítima para demandas coletivas.

Consoante relembra Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 212), o Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro foi o precursor de ações coletivas intentadas pela Defensoria Pública na condição de legitimada extraordinária, e não apenas como representante judicial de entidades associativas.

Esse entendimento não se ateve à senda doutrinária, a refletir na jurisprudência pátria, a exemplo do entendimento firmado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Conferia-se, com base no art. 82, inciso III, do CDC, ao órgão defensoria a legitimidade para ações civis públicas relativas aos direitos do consumidor⁴⁰.

Com a superveniência da Lei 11.448 de 2007 e a consequente positivação da legitimidade coletiva defensorial, subsistiram aqueles que, apesar da previsão legal expressa, reiteravam o argumento limitante no que tange ao termo *necessitado* utilizado pelo texto constitucional, a exemplo dos professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 1.997). Nem mesmo a modificação trazida pela Lei Complementar nº 132 de 2009, no intuito de incluir, no art. 1º da Lei Complementar 80 de 1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública), a defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos, representou mudança substancial nesse cenário. A interpretação constitucional ainda configurava impasse à legitimidade coletiva da Defensoria Pública.

⁴⁰ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. INTERESSE. CONSUMIDORES. A Turma, por maioria, entendeu que a defensoria pública tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa do interesse de consumidores. Na espécie, o Nudecon, órgão vinculado à defensoria pública do Estado do Rio de Janeiro, por ser órgão especializado que compõe a administração pública direta do Estado, perfaz a condição expressa no art. 82, III, do CDC” (BRASIL, 2006).

Além disso, a Emenda Constitucional nº 80 de 2014 acrescentou outro elemento ao dissenso existente em derredor do tema em comento. Com a mencionada emenda, o art. 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988, passou a estabelecer expressamente a atribuição institucional do órgão defensorial de promover a tutela coletiva de direitos.

Por outro lado, mesmo antes da referida emenda, logo após a positivação legal da legitimidade coletiva da Defensoria Pública, a Associação nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com o fito de fulminar a normatização da legitimidade coletiva do Órgão Defensorial.

No entanto, embora a ação direta de inconstitucionalidade nº 3393/DF tenha sido ajuizada no ano de 2007, somente em 2015 veio a ser julgada pelo STF. Acrescente-se que, mesmo após todas as alterações legislativas supramencionadas, remanescia dúvidas a respeito da própria existência da legitimidade coletiva da Defensoria Pública, de sorte a conceder ainda mais relevância a esse processo objetivo.

Com efeito, em julgamento ocorrido em maio de 2015, o Pretório Excelso firmou entendimento de que é constitucional a Lei nº 11.448/2007, que alterou a Lei nº 7.347/85, a elencar a Defensoria Pública como um dos legitimados para propor ação civil pública com o desiderato de salvaguardar direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Não obstante a solução da questão referente à existência de legitimidade, a discordância restou acentuada em relação à extensão da mesma. A então relatora da ADIn nº 3393/DF, Min. Cármen Lúcia, em seu voto, afirmou que, para fins de legitimação da Defensoria Pública para a tutela coletiva de direitos metaindividuais, é indispensável examinar a compatibilidade desses direitos com as atribuições constitucionais desse órgão.

Em outros termos, a Defensoria Pública apenas poderá intentar ações coletivas que, em alguma medida, beneficiem direitos titularizados por pessoas carentes do ponto de vista econômico. Não é necessário que somente indivíduos financeiramente hipossuficientes sejam afetados por ações civis públicas de autoria do órgão defensorial. Assim, basta que, de alguma forma, a tutela coletiva iniciada beneficie pessoas de baixa capacidade econômica. Entretanto, não se pode condicionar a atuação defensorial à demonstração prévia da pobreza do público-alvo, sob pena de se inviabilizar sua atuação na senda coletiva.

Consoante será verticalizado adiante, a própria natureza dos direitos metaindividuais inviabiliza a caracterização detalhada de seus titulares, sendo, esta inclusive, uma das razões subjacentes à necessidade de regras processuais específicas. Dessa forma, é inevitável que a coisa julgada coletiva concretizada no âmbito de ações civis públicas ajuizadas pela

Defensoria Pública transcenda as pessoas pobres, a refletir, inclusive, em contingente abastado da população. Esse cenário não desnatura em nada a atuação da defensoria, não pela presença concomitante de destinatários pobres, como também ante o já mencionado conceito de carência organizacional.

Tiago Fensterseifer (2015, p. 123) ressalta que, além da discussão a respeito do alcance do termo *necessitados*, há aquela atinente a quais espécies de direitos transindividuais podem ser tutelados mediante ação coletiva ajuizada pelo órgão defensorial. Acerca da temática o autor indica três correntes. Segundo a primeira, defendida pelo Conselho Superior do Ministério Público por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade em comento, nenhum dos direitos metaindividuais poderiam ser objeto de pleito processual coletivo, por parte da Defensoria Pública, em razão de sua incompatibilidade com o conceito de necessitado econômico.

Para a segunda corrente, a judicialização coletiva empreendida pelo órgão defensorial deve se restringir aos direitos individuais homogêneos, visto que estes, por se referirem a sujeitos de direito identificáveis, seriam passíveis de se harmonizar com a noção de hipossuficiente econômico. Trata-se de posicionamento adotado pelo Min. Teori Zavascki em voto vencido no julgamento do Recurso Especial 912849/RS.

A seu turno, a terceira corrente propugna a ausência de limitação abstrata objetiva em relação à legitimidade coletiva defensorial. Dito de outro modo, a Defensoria Pública possui legitimidade para fins de judicialização coletiva de todas as espécies de direitos metaindividuais. Contudo, tal como ocorre com os demais legitimados, a legitimidade coletiva, nesse caso, também será examinada no contexto fático, ou seja, há possibilidade de limitação de ordem subjetiva.

Isso significa que o manejo de ações civis públicas pelo órgão defensorial deve, invariavelmente, estar em sintonia com o público tipicamente usuário dos serviços de assistência jurídica por ele prestado, ou seja, deve prestigiar aqueles reputados juridicamente necessitados. No entanto, acerca dessa condicionante debatida no julgamento em exame, há de se fazer algumas ressalvas, mormente em vistas de impedir que esse posicionamento acabe por ceifar a atuação coletiva dessa instituição.

Consoante ressalta Edilson Santana Gonçalves Filho (2016, p. 66), a aferição a respeito da existência de vulnerabilidade no grupo de titulares de direitos metaindividuais a serem tutelados judicialmente deve se realizar em concreto no curso do processo coletivo. Em outras palavras, segundo o autor, a circunstância de eventual ação civil pública ter sido

intentada pela Defensoria Pública já demonstra, em tese, a presença de interesses subjacentes de pessoas vulneráveis.

Uma vez ajuizada ação coletiva pelo órgão defensorial, consecutivamente, esta deve seguir seu curso regular. A análise acerca da pertinência subjetiva, ou seja, da vulnerabilidade dos titulares deverá ser feita, por regra, na fase de execução individual da sentença coletiva. Indeferimento de petição inicial, nesses casos, somente deve ocorrer em casos excepcionais, nos quais se possa verificar, de imediato, a ausência de carência por parte dos sujeitos de direito.

Na visão de Franklyn Roger Alves Silva e Diogo Esteves (2014, p. 66), essa forma de pensar se alicerça em dois pilares básicos. O primeiro diz respeito à rotineira atuação do órgão defensorial no que concerne às demandas individuais, tornando também auspiciosa a sua atuação na senda metaindividual. Isso porque a instituição se mostra apta para adotar a melhor estratégia no âmbito das execuções individuais da sentença coletiva. Dessarte, faz-se o trabalho por completo, a saber, obtém-se o título executivo por intermédio de ações coletivas, assim como o executa em favor daqueles carentes de recursos.

De outro lado, em sede de execução individual da sentença genérica, será concretamente possível identificar a disponibilidade econômico-financeira dos indivíduos interessados na demanda coletiva. Em face daqueles que, porventura, sejam dotados de recursos para a celebração de contrato de serviços advocatícios, a execução individual poderá ser feita mediante representante privado. A presença de hipersuficiente, por conseguinte, não pode inviabilizar por completo a tutela coletiva promovida pela Defensoria Pública.

No entender de Felipe Kichner e Patricia Kettermann (2013, p. 377-378), contudo, também em relação às execuções individuais de sentença coletiva, nada se alteraria em relação à legitimidade coletiva defensorial, de forma que a instituição teria atribuição, para tanto, independentemente das condições econômicas dos titulares.

No entanto, não é esse o raciocínio que está a prevalecer nos tribunais brasileiros, a exemplo da manifestação do Min. Dias Toffoli em voto proferido no Recurso Extraordinário 733.433/MG⁴¹, a adotar o posicionamento restritivo em relação às execuções individuais, as quais, no seu sentir, somente podem vir a ser postuladas pela Defensoria Pública nos casos em que envolver pessoas vulneráveis sob a ótica financeira.

⁴¹ No RE 733.433/MG, o relator Min. Dias Toffoli adotou concepção ampla no que concerne à legitimidade coletiva da Defensoria Pública. Em seu entender, conquanto a presença de pessoas que não se enquadrem na categoria de necessitado, essa circunstância não é capaz de torná-la ilegítima para fins de ajuizamento de ação coletiva. Todavia, em relação às execuções individuais, somente pessoas necessitadas poderão empreendê-las por intermédio do órgão defensorial.

No que tange aos direitos difusos, a celeuma se torna ainda mais acirrada, na medida em que a titularidade, nesses casos, é indeterminável. Conforme o art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC, direitos ou interesses difusos seriam aqueles revestidos de indivisibilidade, cujos titulares são indeterminados e conectados por circunstância fática. Ao esclarecer a definição legal, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 143) aduzem que entre os titulares não há um liame de natureza jurídica, e sim um conectivo fático, a exemplo de consumidores lesados por publicidade abusiva, assim como, inclusive, a violação da moralidade administrativa.

Diante do exposto, verifica-se a constitucionalidade da atribuição institucional da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas. Por outro lado, no que diz respeito à tutela coletiva da moralidade administrativa, a questão se torna mais complexa na medida em que se trata de um direito difuso. Como visto em algumas hipóteses, certos direitos podem se manifestar de forma a consubstanciar direitos coletivos em sentido estrito ou direitos individuais homogêneos. A moralidade administrativa, todavia, configura, por regra, um direito fundamental difuso.

Para além de seu caráter difuso, a justiciabilidade do direito à moralidade administrativa é capaz de beneficiar um número elevado de pessoas, inclusive aquelas que não se encontrem em hipótese de reduzida disponibilidade financeira. Acresça-se a isso a ausência de previsão legal da legitimidade defensorial na Lei de Improbidade Administrativa, dentre tantos outros argumentos contrários que serão explorados ao longo desse trabalho.

Por outro lado, se faz imprescindível a análise pormenorizada do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade em apreço. Isso porque a referida decisão representa ponto de partida não para o reconhecimento da legitimidade coletiva defensorial propriamente dito, afinal já configurava concepção amplamente majoritária, mas para a caracterização minudente dessa legitimidade.

3.5 O ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADIN N. 3943/DF. A SUPERAÇÃO DA DISCUSSÃO EM DERREDOR DA LEGITIMIDADE COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA?

Em consonância com o que já foi explanado, constata-se que o reconhecimento pretoriano, em controle concentrado de constitucionalidade, conquanto não erradique a celeuma da questão, traz luz ao caminho a ser seguido. Não se trata, aqui, de utilizar a consolidação do entendimento ampliativo da atuação da defensorial como argumento de

autoridade ou retórica discursiva. Em verdade, cabe, nesse momento, analisar os aspectos técnicos da decisão judicial, mormente no que concerne aos argumentos contrários.

A partir desse exame minucioso, busca-se a construção de arcabouço teórico para a discussão posterior acerca da extensão da legitimidade coletiva defensorial, ou seja, em termos práticos seria ela extensível, ou não, aos direitos difusos. Assim, com o objetivo de manter o texto objetivo e de fácil consulta, serão apresentados subtópicos nos quais se apreciará cada ponto relevante do mencionado julgado.

3.5.1 A ADIn nº 3943/DF e o conceito restritivo de *necessitado*

O argumento central da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, em sua petição inicial, girou em torno da redação antiga do art. 134, *caput* da Constituição Federal de 1988 em conjunto com o tanto disposto no seu art. 5º, LXXIV⁴².

Conforme já foi referenciado, a partir dessa interpretação do texto constitucional, não poderia a Defensoria Pública atuar em prol de direitos e interesses coletivos em sentido amplo, vez que, em face das mencionadas disposições normativas, o órgão somente poderia atuar em favor de necessitados, sendo que estes seriam somente aqueles a demonstrar insuficiência de recursos materiais.

Em seu voto, a então relatora Ministra Cármen Lúcia, ressaltou pontos interessantes, os quais tocaram em cada uma das questões divergentes a respeito da legitimidade coletiva. De início, em seu voto, referenciou as principais disposições normativas a alicerçar a legitimidade coletiva defensorial, a ressaltar o advento da Emenda Constitucional nº 80/2014. A referida emenda como já indicado alterou a redação originária do art. 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988, de forma a positivar expressamente a legitimidade do órgão para fins de tutela coletiva de direitos metaindividuais.

No entanto, deixou-se claro que não se trata de constitucionalização superveniente do acréscimo na Lei 7.347/85, pela Lei 11.048/2007, da legitimação coletiva da Defensoria Pública. A menção à emenda, segundo clarifica a Ministra Relatora, se revestiu do objetivo de enaltecer o trabalho do legislador constituinte, visto que seguiu a linha de movimento mundialmente reconhecido, qual seja, o de ampliação do acesso à justiça⁴³.

⁴² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (BRASIL, 1988, art. 134). LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (*idem*, art. 5º).

⁴³ Embora objeto de capítulo próprio no presente trabalho, insta contextualizar, nessa parte do estudo, a importância do movimento de ampliação do acesso à justiça. Ressalte-se, assim, a lição da professora Luciana

Dessarte, com a alteração do art. 134, *caput*, do texto constitucional, a EC nº 80/2014, nas palavras da Ministra Relatora, *constitucionalizou, sob o ponto de vista formal, o que já era materialmente constitucional* (BRASIL, 2015). Segundo esclarece, a constitucionalidade material da legitimidade coletiva da Defensoria Pública decorre, em síntese, da aplicação do princípio interpretativo da máxima efetividade e da dignidade da pessoa humana em seu viés atrelado ao acesso à justiça. Nesse ponto, embora não verticalizado no voto em apreço, cabe contextualizar os referidos aspectos no presente estudo.

O princípio da máxima efetividade, no cenário da legitimidade coletiva da Defensoria Pública tem especial importância. Conquanto já referenciado algumas vezes, cabe trazer uma outra definição de incidência na hermenêutica constitucional. Canotilho (2008, p. 145), a seu turno, transcende a concepção clássica desse postulado interpretativo, assevera que há um motivo específico para sua maior aplicabilidade na seara das normas constitucionais programáticas e, principalmente, àquelas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais.

Esse motivo decorre da confluência entre o conteúdo das normas programáticas e de direitos fundamentais e o próprio propósito constitucional. Em outras palavras, em regra, essas normas constitucionais traduzem as prioridades, em termos sociopolíticos, as prioridades do texto constitucional. Desse modo, são nessas normas que o princípio da máxima efetividade deve ser aplicado com mais rigor e, mormente, sem descurar de uma interpretação sistemática da Constituição, a fim de que não se busque somente a maior eficácia do conteúdo daquela norma específica, mas do texto constitucional como um todo.

Nessa perspectiva, o professor Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 87) relacionam o postulado acima aludido com o Princípio da Força Normativa da Constituição. Dessarte, ao se trabalhar com o Princípio da Máxima Efetividade não se pode esquecer o necessário exame dos aspectos históricos em derredor do conteúdo normativo. Todavia, ressaltam os autores que a interpretação do texto constitucional deve se limitar a um subjetivismo hermenêutico ou ao contexto histórico vigente no momento da criação da norma. Em verdade, deve ser priorizado o momento contemporâneo à interpretação da norma, de forma que o próprio texto constitucional seja continuamente atualizado, desde que a manter o seu significado essencial.

Zaffalon no sentido de que o movimento em prol do acesso à justiça teria nascido na década de 60 decorreu, em um primeiro momento, da insuficiência dos institutos padrões de processo civil para a tutela de demandas em uma sociedade cuja complexidade estava em crescente exponencial. Em seguida, além da releitura dos institutos processuais, o citado movimento se preocupou com a criação de instituições capazes de recepcionar aqueles que, ante a parca condição econômica, não dispunham de meios materiais para exercerem o direito ao acesso à justiça (CARDOSO, 2010, p. 130).

No que tange ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o professor Ingo Sarlet (2012, p. 43) destaca que seu conteúdo confere a cada ser humano a titularidade de direitos e garantias fundamentais cujo objetivo se traduz na proteção da própria condição essencial e intrínseca de ser humano. Assegura-se a todos as pessoas condições mínimas existenciais para uma vida plena e saudável, a preconizar a indivisibilidade típica dos direitos humanos em sentido amplo. Entretanto, o constitucionalista deixa claro que essa proteção ocorre tanto por meio de uma postura passiva do Estado, como também por ações estatais protetivas, sendo que esta não se restringe ao aspecto vertical. Isso significa que também devem ser concebidos meios de o indivíduo, por meio de postura também ativa, buscar meios eficientes de salvaguardar esses direitos.

Dentro das noções conceituais apresentadas, deve ser feita referência ao que já foi dito acerca do acesso à justiça democrático e da terceira onda de acesso à justiça conjecturada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015). Com efeito, para fins do exercício pleno do direito ao acesso à justiça, não se mostra suficiente a criação de tutelas processuais distintas, tal como a tutela coletiva. É imprescindível a criação de mecanismos que possibilitem aos sujeitos de direito buscar, ativamente, a tutela de seus direitos, sobretudo aqueles que estejam carentes de recursos materiais mínimos para tanto. A Defensoria Pública, nessa circunstância, além de outras instituições, se reveste de particular relevância.

Por conseguinte, na medida em que se indica a constitucionalidade material da legitimidade coletiva defensorial, dentro da perspectiva conexas à máxima efetividade constitucional e ao postulado da dignidade da pessoa humana, se está levando em consideração que os inúmeros mecanismos de acesso à justiça trazidos em diferentes partes da Constituição Federal, a exemplo da assistência jurídica integral e gratuita, dos remédios constitucionais e do próprio direito de petição, se coadunam com essa conclusão. Em suma, o entendimento de que a legitimidade coletiva defensorial já era constitucional antes de sua formalização normativa decorre de conferir máxima efetividade à tutela dos direitos titularizados por pessoas necessitadas, sob a ótica da concretização da dignidade das mesmas, a não se descurar da realidade social massificada já referenciada.

A consolidar tudo o quanto foi explanado, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.903/PB (BRASIL, 2015), de relatoria do Ministro Celso de Mello, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu:

DEFENSORIA PÚBLICA – RELEVÂNCIA - INSTITUIÇÃO PERMANENTE
ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO – O DEFENSOR
PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS

NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA. - A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art.134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

Outro ponto abordado no voto em questão diz respeito especificamente às mudanças sociais que ocorreram em simultaneidade ao movimento relativo ao acesso à justiça⁴⁴. Salientou-se as grandes alterações por quais passaram os grupos sociais, em especial no que concerne a confluência de titulares cujas situações jurídicas se mostram consideravelmente intrincadas, a culminar, na hipótese de violação, em lesões coletivas aos direitos sobre os quais são erigidas.

Não se pode, dessarte, obliterar as sensíveis modificações conjunturais ocorridas nos anos que seguiram a promulgação da Constituição Federal de 1988, mormente em relação à redação originária de seu art. 134, *caput*, em conjugação com o disposto no art. art. 5º, inciso LXXIV. Dito de outro modo, se, em um primeiro momento, o obstáculo econômico se apresentou como único – talvez o mais tangível – obstáculo ao acesso à justiça, com o passar dos anos, outros elementos emergiram nesse contexto.

Embora ressalte o caráter preponderantemente didático do conceito, a professora Martha Davis (2013) salienta a principal característica presente na maioria dos direitos de terceira e subseqüente dimensões, a saber, a propensão à indivisibilidade de seu objeto. Exemplos sobejam no cotidiano hodierno. Direitos ou interesses ligados à seara do Direito do Consumidor ou ao Direito Ambiental configuram hipóteses emblemáticas nas quais se pode vislumbrar a possibilidade de vulnerações coletivas em prejuízo de um contingente indeterminável de titulares. Imagine-se uma circunstância em que publicidade abusiva de

⁴⁴ Nessa linha, destaque-se excerto do voto da lavra da Ministra Cármen Lúcia: “Em Estado marcado por inegáveis e graves desníveis sociais e pela concentração de renda, uma das grandes barreiras para a implementação da democracia e da cidadania ainda é o efetivo acesso à Justiça. Estado no qual as relações jurídicas importam em danos patrimoniais e morais de massa devido ao desrespeito aos direitos de conjuntos de indivíduos que, consciente ou inconscientemente, experimentam viver nessa sociedade complexa e dinâmica, o dever estatal de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir instrumentos que atendam com eficiência as necessidades dos seus cidadãos” (BRASIL, 2015).

determinado produto – vedada expressamente pelo CDC⁴⁵ – constitua discurso de ódio em relação a um grupo social específico, a incutir hostilidade em relação a este. Neste caso, estar-se-ia a afetar não só o direito à igualdade e à identidade cultural dos integrantes do grupo ofendido, mas também a situação jurídica fundamental dos consumidores que são submetidos à publicidade diariamente, mormente quanto ao direito à informação⁴⁶.

Em contexto como o conjecturado, um elevado número de pessoas teriam seus direitos vulnerados, de sorte que o conceito de acesso à justiça não se mostraria suficiente apenas sob o viés da tutela individual ortodoxa. A dimensão do princípio do acesso à justiça, com previsão no art. 5^a XXXV, da Constituição Federal, por um extenso período, realmente se atrelou ao elemento econômico como óbice por excelência do acesso à justiça. Em outras palavras, não se poderia esperar, à época, uma postura excessivamente proativa do legislador constituinte no sentido de, já no momento da promulgação do texto constitucional originário, que estatuisse expressamente outros fatos geradores da atuação defensorial.

Ao se estudar a hermenêutica jurídica, especificamente os métodos de interpretação, constata-se, por regra, a insuficiência do chamado subjetivismo hermenêutico, ou seja, da busca incessante pela vontade do Legislador. Conquanto hoje se vislumbre esse expediente interpretativo como dotado de imoderado teor quimérico, ou até mesmo retórico, não raro é utilizado como argumento para fins de delimitação conceitual de uma norma jurídica.

Na medida em que, no entendimento pretoriano em estudo, a então relatora, Ministra Cármen Lúcia, consigna a necessidade de se interpretar os dispositivos constitucionais ligados às funções institucionais da Defensoria Pública sob a égide da realidade fática vigente, isto é, da tendência cada vez maior à transindividualização dos danos a direitos⁴⁷, ela está preconizando o caráter evolutivo da operação interpretativa.

⁴⁵ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (BRASIL, 1990, art. 37).

⁴⁶ Em linhas gerais, o discurso de ódio representa a exposição de ideias que incentivam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, em regra, minoritários. Também chamado, no direito comparado, de *hate speech*, esse tipo de discurso, inobstante se utilize da liberdade de expressão como instrumento, impossibilita o debate harmônico, visto que desqualifica a alteridade e aqueles que pensam de forma diferente, destituindo-lhes do direito de ter direitos. Viola, portanto, não somente aqueles diretamente hostilizados, mas também todas as pessoas que são submetidas à ideia incongruente de depreciação, em abstrato, de determinador agrupamento sociais (MEYER-PFLUG, 2009, p. 122).

⁴⁷ Trata-se de expressão utilizada pelo autor Damaska em interessante ponderação acerca da tutela coletiva de direitos metaindividuais. Segundo ele, os direitos tidos coletivos nada mais seriam que manifestações específicas daqueles tradicionalmente inseridos nas primeira e segunda dimensões. Assim, o que teria contribuído para a ruptura paradigmática da tutela individual de direitos subjetivos seria a nova magnitude potencial dos danos em geral. Com a pulverização dos meios de comunicação, a exemplo das mídias sociais,

O professor Alberto Ramón Real (1980, p. 79) destaca o que a doutrina constitucionalista costuma denominar de *interpretação evolutiva*. Trata-se, em sua concepção, de método pelo qual se busca, não só diferenciar texto legal da disposição normativa correspondente, mas, principalmente, buscar atualizar sua extensão de aplicabilidade em face da realidade fática contemporânea. Assim, seria com base nesse método interpretativo que se legitimaria a mutação constitucional, enquanto alteração do sentido normativo mantendo-se intocado o teor literal.

Inobstante se anui à relevância prática da interpretação evolutiva, verifica-se que se refere a efeito intrínseco ao processo interpretativo, dentro de uma perspectiva de liberdade semântica⁴⁸ do intérprete, caso se busque manter íntegro a finalidade da norma. Significa dizer que a finalidade da previsão constitucional do direito ao acesso à justiça tem por desiderato salvaguardar os direitos fundamentais daqueles que se veem diante de lesões ou ameaças de lesão àqueles.

Por consectário, na medida em que a complexidade das circunstâncias sociais aumentou, outros obstáculos ao acesso à justiça se mostraram tão substanciais quanto aqueles ligados às limitações econômicas da parcela pobre da sociedade. Não por acaso, sobrevieram legislações editadas com o escopo principal de salvaguardar os interesses daqueles que se situam, naturalmente, em situações de vulnerabilidade. As leis 8.069/90, 8.078/90 e 10.741/03, respectivamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, simbolizam a referida preocupação legislativa.

Dessarte, outras vertentes de vulnerabilidade despertaram a atenção política, a não se restringir a questões de recursos materiais, mas sim sob uma ótica mais ampla. Por conseguinte, nesse aspecto, limitar a atuação defensorial somente às hipóteses de carência econômica dos usuários de seus serviços seria, em última instância, vulnerar o direito ao acesso à justiça.

Há de se destacar, inclusive, que, no julgado em análise, ressalta-se que, já na época inicial do advento do texto constitucional e, portanto, da própria garantia à assistência jurídica integral, já se concebia um aumento do já amplo conceito de necessitado, ao englobar o

ações ou omissões lesivas alcançam, cada vez mais, um maior número de pessoas. Daí se falar em uma transindividualização de danos (DAMAŠKA, 1986, p. 102).

⁴⁸ A liberdade semântica do intérprete, na visão de Lawrence Schmidt, teria lugar na transição do ideal histórico de interpretação à jurisprudência dos conceitos. Ressalta o autor que a interpretação jurídica começa a ser vista como um cotejo, empreendida pelo intérprete, entre a norma e os fatos. Percebe-se, portanto, que se trata de operação inexorável, afinal, conclui o autor, é a única forma de se tentar acompanhar a dinâmica da vida (SCHMIDT, 2013, p. 187).

hipossuficiente jurídico⁴⁹. Consectariamente, no processo penal, independentemente do estado econômico do indiciado ou do réu, na ausência de advogado constituído mediante instrumento de procuração, caberá à Defensoria Pública sua representação processual.

De outro lado, a relatora Ministra Cármen Lúcia faz referência expressa ao conceito já trabalhado nesse estudo, qual seja, o de vulnerável organizacional. Por se referir a assunto objeto de verticalização em outro momento, rememore-se que se trata de uma situação na qual a vulnerabilidade decorre de aspectos alheios à esfera econômica dos titulares jurídicos. Por exemplo, consoante exemplo dado anteriormente, em face de publicidades abusivas, a infinidade de consumidores prejudicados se mostra, em regra, incapaz de se organizar para fins de tutelar, conjunta e eficientemente, seus direitos violados.

No que toca ao cerne do julgamento, ou seja, da legitimidade coletiva defensorial, ressalta-se a todo instante que a sua existência é contemporânea à promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal⁵⁰, assim como o Superior Tribunal de Justiça como sobredito, já reconhecia, na década de 90, a legitimidade da Defensoria Pública para fins de tutela coletiva de direitos transindividuais.

Mais uma vez, constata-se o caráter declaratório da decisão judicial prolatado no julgamento da ADIn nº 3943/DF, no sentido de tornar vinculante interpretação constitucional sistemática que já era aceita, majoritariamente, pelos Tribunais Superiores. Cabe, em prosseguimento ao estudo, analisar os demais aspectos desse julgado. Desse modo, se objetiva precisar as especificidades da legitimidade coletiva defensorial.

3.5.2 A ADIn nº 3943/DF e a sistemática de legitimidade na tutela coletiva de direitos metaindividuais

Conforme foi antecipado, a finalidade do presente tópico não se subsume apenas à ponderação acerca dos aspectos tratados no julgamento da ADIn nº 3943/DF. Almeja-se,

⁴⁹ Nesse caso, optou-se pela utilização do termo hipossuficiente no lugar de vulnerável, vez que se está a apreciar a temática no âmbito da persecução penal. Nessa linha de raciocínio, os professores Diogo Esteves e Franklin Roger Alves ressaltam a hipossuficiência jurídica enquanto espécie autônoma apartada da questão estritamente econômica (ESTEVES; SILVA, 2014, p. 280).

⁵⁰ “a própria Constituição da República giza o raio de atuação institucional da Defensoria Pública, incumbindo-a da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados. Daí, contudo, não se segue a vedação de que o âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos 'direitos e interesses (...) coletivos dos necessitados', a que alude o art. 176, da Constituição do Estado: é obvio que o serem direitos e interesses coletivos não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da coletividade. A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal” (BRASIL, 1991).

também, fazer o cotejo entre os argumentos apresentados pelos Ministros da Corte Constitucional com substratos teóricos inerentes à matéria.

O tema pertinente à legitimidade processual tem sido alvo de debates contínuos pela doutrina, sob os mais variados aspectos. A conhecida definição do professor Alfredo Buzaid (1974, p. 35) no sentido de que a legitimidade *ad causam* seria a pertinência subjetiva da ação, em cotejo com a relação jurídica de direito material, não se mostra suficiente na seara processual coletiva.

Os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 1.300) restringem a distinção tradicional entre legitimação ordinária e extraordinária, segundo a qual, respectivamente, o indivíduo defende direito próprio em nome próprio e, no segundo caso, direito alheio. Para eles, a referida polarização somente tem sentido no seio do processo civil tipicamente individualista, ou seja, as entidades dotadas de legitimidade coletiva não estariam a defender direitos alheios em nome próprio, vez que os titulares de direitos metaindividuais não são individualizáveis de forma prévia.

Antes de prosseguir, cumpre ressaltar a celeuma em derredor da perspectiva apresentada pelos mencionados professores. Não constitui, portanto, entendimento pacífico⁵¹, de modo a despertar debates infundáveis na senda doutrinária. Por outro lado, no presente estudo, não se busca examinar, singularmente, o instituto da legitimidade coletiva, mas sim contextualizá-la na atuação da Defensoria Pública em sede de concretização do acesso à justiça.

Dessarte, note-se que o objetivo de mencionar a legitimidade *ad causam* foi justamente permitir a constatação de que o processo coletivo possui regras distintas, de forma a demandar releitura dos institutos processuais ortodoxos. Por conseguinte, antes de seguir na análise da ADIn nº 3943/DF, cumpre discorrer a respeito dos fundamentos da legitimidade no processo coletivo, a se conferir destaque aqueles que mantêm vinculação com o objeto do presente estudo.

A ilustrar o entendimento doutrinário predominante, o professor Antonio Gidi (1995, p. 153-163) caracteriza a legitimidade coletiva como autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. É autônoma no sentido de que não depende de autorização dos titulares para que o

⁵¹ Fredie Didier Jr. destaca divergência doutrinária existente em relação à natureza jurídica da legitimidade *ad causam* no processo coletivo. Em sua visão, se trata, essencialmente, de legitimidade extraordinária, visto que a lei autoriza entidade que não é titular dos direitos defendê-lo em juízo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 192).

legitimado legal os substitua processualmente. Exclusiva na medida em que não há, por regra em processos coletivos, litisconsórcio ativo entre o legitimado e indivíduos substituídos⁵².

De outro lado, é concorrente ao se permitir, legalmente, a coexistência de legitimados em rol previsto em lei. Exemplo disso ocorre na Lei 7.327/85, ao indicar o Ministério Público, a Defensoria Pública e os entes políticos como legitimados coletivos. A Lei 8.429/92 estatui, em seu art. 17, *caput*⁵³, como legitimados ao ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa, o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada. Mais recentemente, a Lei 13.300/2016⁵⁴, nos incisos de seu art. 12, estatui, dentre outros, a Defensoria Pública, o Ministério Público e partido político com representação congressional como legitimados ao ajuizamento de mandado de injunção coletivo.

Por sua vez, o caráter disjuntivo da legitimidade coletiva, segundo o retrocitado autor, se refere à possibilidade de cada legitimado ajuizar demanda coletiva independentemente de anuência ou participação litisconsorcial de outro colegitimado. Assim, não há óbice, uma vez presente a pertinência temática em relação às respectivas funções institucionais, ao intento de ação coletiva por parte da Defensoria Pública que verse sobre questão também afeta à atuação ministerial. De mesmo modo, também não se veda que os colegitimados atuem por intermédio da formação voluntária de litisconsórcio.

Outrossim, não se pode descurar de outro elemento especialmente importante no âmbito da tutela coletiva, a saber, a representatividade ou representação adequada. Na sistemática adotada no ordenamento jurídico brasileiro, o próprio legislador⁵⁵ estabelece as

⁵² Insta salientar que os sujeitos de direito substituídos em sede de tutela coletiva podem ingressar como assistentes litisconsorciais na demanda coletiva. De outro lado, também podem ajuizar ações individuais, sendo que estas somente serão afetadas pelo resultado das ações coletivas nos estritos casos previstos nas leis que integram o microsistema de processo coletivo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 210).

⁵³ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar” (BRASIL, 1992, art. 17).

⁵⁴ “Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV – pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria” (BRASIL, 2016, art. 17).

⁵⁵ Cumpre esclarecer que a utilização do termo *legislador* ao longo do presente estudo não demonstra qualquer adesão à corrente intitulada subjetivismo hermenêutico. Isso porque, como se verá adiante, serão tecidas críticas a essa concepção quando assacada como alicerce retórico ao que costuma denominar de *silêncio eloquente do legislador*.

instituições ou entidades que se reputam legitimadas à judicialização de demandas coletivas. Portanto, em regra, optou-se por entidades imparciais a exemplo da Defensoria Pública e do Ministério Público, além de associações e partidos políticos⁵⁶. Insta ressaltar a sistemática adotada no Direito norte-americano, conquanto as *class actions* tenham influenciado sensivelmente a estruturação do processo coletivo no Brasil⁵⁷.

No Brasil, por conseguinte, verifica-se a sistemática que privilegia o acesso à justiça em face de condutas potencialmente lesivas a situações jurídicas transindividuais. Isso porque, na medida em que a própria legislação de regência preveja os legitimados coletivos, basta que estes tomem conhecimento da situação fática e, após investigação e exame prévios a depender da hipótese, venham a judicializar a demanda coletiva. Nesse caso, não haveria custos processuais a onerar os titulares dos direitos metaindividuais correlatos, além da inviabilidade, em tese, de decisão judicial que viesse a causar prejuízo àqueles.

Nesse ponto, interessante notar que a coisa julgada coletiva, no Direito brasileiro, difere sensivelmente daquela adotada nos Estados Unidos. Conforme leciona, Antônio Gidi (2007)⁵⁸, inobstante no Brasil exista rol legislativo de legitimados coletivos, houve a preocupação de obstar a possibilidade de que processo coletivo no qual inúmeros titulares individualmente considerados – ou sua totalidade – não viessem a participar da fase de conhecimento pudessem ser prejudicados.

⁵⁶ O professor Edilson Vitorelli (2016) ressalta a importância dessa escolha legislativa. Isso porque as nominas instituições não parciais tendem a balancear os pleitos veiculados na ação coletiva. Em contraposição a esse contexto, o autor destaca a probabilidade de, por exemplo, uma associação coacionada à proteção ambiental desconsiderar por completo aspectos ligados à sobrevivência de determinadas atividades econômicas.

⁵⁷ No Direito norte-americano, consoante noticia Owen Fiss (1996, p. 86), a legitimidade e a representatividade adequada são aferidas judicialmente, a se revestirem de peculiaridades que merecem menção objetiva. A legitimidade não se refere a entidades concebidas prévia e legislativamente, ou seja, é conferida a um ou alguns indivíduos que venham a se apresentar como representantes do grupo social que sofreu a lesão coletiva. Não se trata, portanto, de legitimidade previamente estipulada em lei. Ademais, o juízo competente irá analisar se aquele indivíduo, usualmente por intermédio de escritórios de advocacia especializados em conflitos de massa, está apto a representar adequadamente os titulares dos direitos ou interesses metaindividuais. A adequação, destaca o autor, por regra, vincula-se não só a capacidade técnica do escritório escolhido, como também, sobretudo, à análise da relação entre o pretenso representante e a lesão sofrida pelo grupo ou classe.

⁵⁸ O professor Antônio Gidi (2007, p. 153) ressalta que a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada coletiva, no Brasil, se reveste de peculiaridades que mais uma vez possibilitam a efetivação do direito ao acesso à justiça. Em relação aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, os efeitos da coisa julgada incidem segunda a cláusula *secundum eventum probationis*, de modo que qualquer colegitimado poderá ingressar novamente em juízo com a mesma demanda, na hipótese de a anterior ter sido resultado em improcedência do pedido por falta de provas. Em face dos direitos individuais homogêneos, ante a ausência de previsão legal expressa no art. 103, III, do CDC, há entendimento no sentido de que a retrocitada cláusula não se aplicaria a essa espécie de direitos metaindividuais. Contudo, o entendimento prevalecente é justamente pela sua aplicação por ocasião de julgamento pela improcedência com base na exiguidade probatória. Por outro lado, no que diz respeito à extensão subjetiva da coisa julgada coletiva em relação aos titulares substituídos pelo legitimado, tem-se que, no que toca as três espécies de direitos transindividuais, o fracasso da demanda coletiva não será obstáculo à propositura de ações individuais. Todavia, quanto aos direitos individuais homogêneos, caso o interessado intervenha no processo coletivo com base no art. 94 do CDC, sua situação jurídica será afetada pelo resultado deste, de forma que não poderá intentar ação individual.

Assim, o instituto⁵⁹ da legitimidade *ad causam* e o da representação adequada, em processo coletivo, receberam tratamento legislativo diferenciado no Brasil. O objetivo precípua foi, de fato, a efetivação do direito ao acesso à justiça. Por outro lado, a parte autora da ação direta de inconstitucionalidade alegou que a inclusão da Defensoria Pública entre os legitimados coletivos representaria usurpação de atribuições do Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, consubstanciou entendimento no sentido de que não há qualquer previsão constitucional que permita concluir por uma espécie de legitimidade coletiva exclusiva em relação ao Ministério Público, sendo que a interpretação do art. 129, inciso I e §1º⁶⁰, proporciona conclusão diametralmente oposta. Isso porque a leitura dos mencionados dispositivos constitucionais permite a constatação de que a legitimidade privativa ministerial se refere apenas à ação penal pública. Entretanto, segundo o art. 129, §1º, da CFRB, no que toca às ações cíveis, a legitimação ministerial não obsta a existência de colegitimados. Conquanto relevante, esse dispositivo seria plenamente dispensável, vez que a hipotética restrição da legitimidade coletiva na figura do Ministério Público limitaria consideravelmente a tutela coletiva enquanto mecanismo garantidor do acesso à justiça.

A previsão de colegitimados, longe de configurar restrição indevida às funções ministeriais, amplia a proteção dos direitos metaindividuais. Isso porque outras entidades, a exemplo da Defensoria Pública, poderão promover a judicialização de demandas coletivas ligadas ao seu plexo de funções. Por conseguinte, imprescindível será a análise da pertinência temática⁶¹ para que se possa certificar a legitimidade em sede de ação coletiva. No caso do Órgão Defensorial, a pertinência temática se insere no cotejo entre a carência organizacional e a econômica.

Assim, a positivação, pela Lei nº 11.448/07, da legitimidade coletiva da Defensoria Pública não configura usurpação de funções em desfavor do Ministério Público, mormente porque sua leitura deve se dar em conjunto com os dispositivos constitucionais e legais de regência. Por esse motivo, a atuação coletiva da Defensoria Pública deve se coadunar com sua

⁵⁹ Por não se coadunar com o objeto central do presente estudo, não será aprofundada discussão relativa à natureza jurídica da legitimidade *ad causam*, se condição da ação ou pressuposto processual.

⁶⁰ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei” (BRASIL, 1988, art. 129).

⁶¹ O professor Antônio Gidi (2007, p. 111) esclarece que o critério da pertinência temática visa impedir o ajuizamento de ações coletivas com fins políticos ou simplesmente dissociados do escopo institucional do legitimado. Trata-se de aspecto aferível em relação a todos os legitimados, inclusive o Ministério Público. Exemplo disso são as restrições oriundas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao ajuizamento, por aquele órgão, de ações coletivas em relação a interesses individuais homogêneos disponíveis.

atribuição primordial, qual seja, a de garantir a assistência jurídicas daqueles reputados como necessitados. Nesse sentido, de forma conclusiva em seu voto, a relatora Ministra Cármen Lúcia afirmou:

A ausência de demonstração de conflitos de ordem objetiva decorrente da atuação dessas duas instituições igualmente essenciais à justiça (a Defensoria Pública e o Ministério Público) demonstra inexistir prejuízo institucional para a segunda, menos ainda para os integrantes da Associação Autora. Noticia-se que *“a Defensoria Pública da União vem (...) atuando em parceria com o Ministério Público Federal em diversos procedimentos coletivos judiciais e extrajudiciais”* (fl. 233, manifestação do Presidente da República), em litisconsórcio (art. 94 da Lei n. 8.078/1990 e art. 46 do Código de Processo Civil). O dever do Estado de prestar assistência integral, como posto nas informações do Presidente da República, passa *“pela assistência incondicional aos necessitados, ainda que, de forma indireta e eventual, essa atuação promova a defesa de direitos de indivíduos economicamente bem estabelecidos”* (BRASIL, 2015).

Nesse trecho, esclarece-se a inexistência de óbice abstrato à legitimidade coletiva defensorial, sendo que eventual oposição deverá se alicerçar na casuística incompatibilidade com as funções institucionais correlatas. Outrossim, tangencia-se, no voto em análise, questão também tratada por outros Ministros em seus respectivos votos, a saber, os efeitos da coisa julgada coletiva em prol daqueles que não se enquadrem na categoria de necessitados. Como sobredito, essa circunstância, por si só, não afasta a legitimidade coletiva defensorial.

Em suma, a legitimidade coletiva da Defensoria Pública, tal como ocorre em relação aos demais colegitimados, é disjuntiva, autônoma, concorrente e, sobretudo, deve ser examinada sem jamais perder de vista suas atribuições constitucionais, bem como aquelas detalhadas na legislação infraconstitucional.

3.5.3 A extensão da legitimidade coletiva defensorial na seara dos direitos metaindividuais

Como prenunciado no início do estudo do julgamento da ação de inconstitucionalidade em apreço, a legitimidade coletiva da Defensoria Pública já era consistentemente aceita pela doutrina e jurisprudência. Contudo, a celeuma de maior intensidade sempre se verificou na extensão dessa legitimação, ou seja, em que hipóteses poderia o Órgão Defensorial judicializar demandas coletivas.

Assim, após a prolação de decisão judicial em que o STF reconhecia a legitimidade coletiva defensorial, a parte autora opôs embargos de declaração em que se alegou a existência de contradição no acórdão. Além disso, colacionou-se ao instrumento recursal parecer de autoria do professor Lênio Streck.

Em sede de embargos de declaração, alegou-se que a contradição residia na pretensa incompatibilidade entre se conferir legitimidade coletiva à Defensoria Pública e, concomitantemente, afirmar que sua atuação está inexoravelmente vinculada à proteção de direitos titularizados por pessoas necessitadas. A embargante, em suma, questionou a forma pela qual se materializaria a legitimação coletiva, ou seja, se seria necessário a comprovação prévia da condição de necessitado dos interessados ou se isso não seria necessário.

Por sua vez, o parecer subscrito pelo professor Lênio Streck cinge-se a delimitar a atuação da Defensoria Pública sob dois aspectos. Em um primeiro enfoque, necessitado, para fins de atuação defensorial seria, estritamente, aquele carente economicamente. Lado outro, teria havido, segundo assevera o autor, por parte do legislador constituinte, uma exclusão taxativa dos direitos difusos. Dessarte, por mais que se admita a legitimidade coletiva defensorial, esta estaria adstrita aos direitos individuais homogêneos e aos coletivos em sentido estrito.

Por se tratar de aspecto integrante do âmago do presente trabalho, opta-se por dividir seu exame em subtópicos específicos. Deste modo, uma vez explanada a legitimidade ativa *ad causam* do Órgão Defensorial para ações civis públicas, cabe agora delimitar essa legitimação.

3.5.4 A legitimidade coletiva defensorial e os direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito

A opção pelo presente tópico decorre do fato de o cerne desse estudo se referir à tutela jurisdicional da moralidade administrativa. Portanto, a se considerar que o direito à moralidade administrativa, conforme será aprofundado adiante, constitui direito difuso, a legitimidade coletiva defensorial no âmbito dessa espécie de direito metaindividual será examinada em tópico específico.

Na ADIn nº 3943/DF, argumentou-se, tanto de forma subsidiária como nos referidos embargos de declaração, que a legitimidade coletiva da Defensoria Pública somente se aplicaria aos casos ligados aos direitos coletivos em sentido estrito ou aos direitos individuais homogêneos. A finalidade desse pleito era precisamente afastar a legitimidade coletiva daquele órgão no que tange aos direitos difusos, vez que estes, segundo se argumentou, impossibilitariam a investigação da condição de necessitado de cada um dos interessados.

Antes de analisar o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário caracterizar essas duas espécies de direitos metaindividuais. Ressalte-se, inicialmente, que os

direitos individuais homogêneos constituem espécie de direito metaindividual cuja previsão normativa surgiu apenas com o advento do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, foi o legislador ordinário, no art. 81, parágrafo único, inciso III⁶², da Lei nº 8.078/90, que primeiro trouxe a referida nomenclatura. Não se trata de informação despicienda, vez que, conforme será explanado adiante, o próprio legislador constituinte não trouxe no texto constitucional de 1988 a previsão expressa dessa classe de direitos transindividuais. Note-se que, até o momento atual, não consta nenhuma referência a direitos individuais homogêneos na Constituição Federal. Assim, as normas constitucionais que se referem a direitos coletivos devem ser interpretadas a luz do gênero que a expressão representa.

O professor Antônio Gidi^(2007, p. 185) esclarece que os direitos individuais homogêneos são definidos de forma genérica pelo art. no art. 81, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.078/90. Portanto, consoante ressalta, ao afirmar que os direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de uma origem comum, o legislador falou menos do que deveria. Delimita, portanto, que esses direitos nascem da própria lesão coletiva, ou seja, se estabelece uma relação jurídica *post factu* entre as pessoas afetadas.

Nesse mesmo sentido, Kazuo Watanabe (2011, p. 112) esclarece dois pontos de considerável relevância. O termo *origem comum* não se subsume a uma unidade fática ou temporal, de forma que um hipotético produto defeituoso, fornecido por um longo lapso temporal, acaba por afetar inúmeras pessoas sucessivamente. Não necessariamente haverá singularidade temporal, visto que os danos não serão contemporâneos, nem factual, na medida em que os danos poderão ser distintos qualitativamente. De outro lado, salienta que a possibilidade de se promover a tutela coletiva de direitos essencialmente individuais configura reminiscência oriunda do Direito norte-americano, ou seja, das *class actions*, sendo esta o principal instrumento do processo coletivo americano.

Os direitos coletivos em sentido estrito correspondem, conforme lição do professor José dos Santos Carvalho Filho (2009), àqueles titularizados por pessoas concebidas enquanto inseridas dentro de um grupo ou categoria. Assim, conquanto o art. 81, inciso II, expresse a indivisibilidade do objeto desses direitos, os seus titulares se ligam a uma relação jurídica base. Consoante elucida o professor, essa relação jurídica base preexiste ao advento da lesão

⁶² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990, art. 81).

coletiva, de forma que, inobstante amplo, o contingente social prejudicado se mostra menor em relação ao que ocorre na seara dos direitos difusos. Por conseguinte, entende a doutrina majoritária que os direitos coletivos em sentido estrito são titularizados por sujeitos determináveis (CARVALHO FILHO, 2009, p. 55).

Como exemplo, o professor Rodolfo de Camargo Mancuso cita a hipótese na qual um grupo de alunos de uma faculdade é prejudicado por práticas contratuais abusivas perpetradas pela instituição de ensino. Nesse contexto, se estaria diante de direitos coletivos em sentido estrito, cuja relação jurídica base seria aquela de natureza contratual mantida com a respectiva instituição. Portanto, esse vínculo jurídico, conquanto prévio, não necessita ligar os titulares entre si, como ocorre, por exemplo, em âmbito associativo (MANCUSO, 2015, p. 23).

Lado outro, questão que gera alguma celeuma em sede doutrinária é justamente o motivo pelo qual se justifica a tutela coletiva dos direitos metaindividuais. Fredie Didier Jr. e Hemes Zaneti (2017, pp. 76-77) destacam que a massificação das relações jurídicas envolvidas, além da homogeneidade intrínseca a esses direitos, serve de alicerce à ficção jurídica criada pelo ordenamento brasileiro.

Em sua visão, Teori Zavascki reitera o caráter essencialmente individual dessa espécie de direitos coletivos. O professor distingue a tutela coletiva de direitos e tutela de direitos coletivos. Na primeira categoria estaria a tutela de direitos individuais, enquanto na segunda estaria a tutela coletiva por natureza, qual seja, aquela aplicável aos direitos difusos e aos coletivos em sentido estrito. No entanto, a divergência reside precisamente, reitere-se, no fundamento que sustenta a citada tutela coletiva de direitos (ZAVASCKI, 2011, p. 201).

Dito de outro modo, o foco doutrinário e jurisprudencial é empreender construção teórica que torne legítima a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, especialmente em face da ausência de previsão constitucional expressa. O professor Teori Zavascki frisa, inclusive, a impropriedade em se afirmar que a ação civil pública seria um mecanismo voltado exclusivamente à efetivação de direitos transindividuais, afinal os direitos individuais homogêneos, conquanto o desiderato legislativo, não se enquadraria ontologicamente nessa categoria (ZAVASCKI, 2011, p. 210).

No que concerne ao fundamento que legitima a tutela coletiva desses direitos, a doutrina o divide em duas vertentes. Como representativo da primeira, Antônio Gidi (1995, p. 153-163) afirma que a própria homogeneidade e a amplitude do evento danoso que ocasiona as relações jurídicas veiculadas nos direitos individuais homogêneos justificam a relevância social de sua coletiva. Em sua ótica, inobstante a análise individualizada das situações

jurídicas transpareça alguma disponibilidade correlata, ao se examinar o feixe de direitos ou interesses envolvidos, constata-se a respectiva tessitura social.

Em outras palavras, a segurança jurídica decorrente da judicialização de uma demanda coletiva no lugar de várias individuais se coaduna com a efetivação do acesso à justiça. Decisões eventualmente contrapostas em face de uma origem fática em comum geraria um sério quadro de injustiça sistêmica. Sob outro viés, os professores Eduardo de Avelar Lamy e Sofia Orberg Temer (2012) destacam que a importância social da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos também tem origem no possível efeito pedagógico da mesma. Isso porque lesões de natureza coletiva tendem a se repetir sistematicamente, de modo que, ao não se confrontá-las sob o argumento da limitação de titulares envolvidos, se está a gerar ambiente propenso a conflitos de massa ainda maiores.

Na seara de atuação do Ministério Público, o tema tem sido corriqueiramente enfrentado tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais Superiores. Do ponto de vista normativo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 127, *caput*⁶³, delimita a atuação ministerial, em sede de direitos individuais, somente àqueles indisponíveis. Por outro lado, o art. 129, inciso III⁶⁴, confere legitimidade coletiva ao Órgão Ministerial para promover a tutela dos direitos coletivos e difusos⁶⁵.

Nessa perspectiva, emergiram, no mundo dos fatos, inúmeras situações em que o Ministério Público se viu diante de contextos lesivos que estariam a afetar direitos individuais homogêneos. Caso clássico e que gerou divergência há pouco tempo se refere ao DPVAT. O DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestres) constitui espécie securitária cuja cobertura subsume-se a danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, a pessoas, consoante a Lei nº 6.194/74. Ocorre que, não raro, algumas seguradoras consorciadas ao DPVAT acabavam por não arcar, satisfatoriamente, com os valores devidos aos beneficiários, embora diante da concretização de evento tipificado como fato gerador da obrigação de indenizar.

⁶³ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988, art. 127).

⁶⁴ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988, art. 129).

⁶⁵ Cumpre esclarecer que a categoria dos direitos individuais homogêneos enquanto espécie de direitos metaindividuais surge apenas com o advento do Código de Defesa do Consumidor no ano de 1990. Assim, não poderia o legislador constituinte, no texto originário, antever tal circunstância. Todavia, até os dias atuais, a referida categoria não foi positivada constitucionalmente.

Em diversos Estados, o Ministério Público ajuizou, sucessivamente, ações civis públicas com o objetivo de salvaguardar do direito à indenização titularizados pelos beneficiários. Contudo, a obrigação de indenizar estava submetida à condição suspensiva, ou seja, danos pessoais nos moldes da lei de regência. Portanto, os interessados, inobstante em número elevado, eram perfeitamente individualizáveis. Além disso, entendia-se que o direito a receber tais valores oriundos do DPVAT, além de essencialmente patrimonial, era disponível. Em um primeiro momento, por conseguinte, se entendeu pela ilegitimidade coletiva do Ministério Público, o que gerou entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça⁶⁶.

Em suma, não se estava a impedir por completo a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mas sim restringi-la. Somente se reputava viável quando se referisse a interesses indisponíveis, a exemplo daqueles ligados a danos ambientais, ou que, apesar de disponíveis, se revestissem de um interesse social intrínseco⁶⁷.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal RE 631.111/GO (BRASIL, 2015)⁶⁸ apresentou entendimento diverso, o que causou o cancelamento da súmula referida por parte do Superior

⁶⁶ Súmula 470-STJ: O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado.

⁶⁷ Nesse sentido, entendia o Superior Tribunal de Justiça: “Há de se considerar que, não obstante a Carta Magna estabelecer que ao Ministério Público compete a defesa dos direitos individuais indisponíveis, essa regra tem ganhado contornos mais brandos na interpretação doutrinária e jurisprudencial, principalmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Isso se verifica nas hipóteses em que os interesses lesados tenham natureza divisível e individual, mas caráter de indivisibilidade e indisponibilidade, por tocarem a relevantes interesses sociais, de forma que, se lesados, repercutam negativamente na ordem social. [...] O fato de a contratação do seguro ser obrigatória e atingir a população de modo geral não lhe confere tal relevância social a ponto de torná-la defensável via ação coletiva proposta pelo Ministério Público. Do contrário, poder-se-ia absurdamente considerar que todo interesse que diga respeito à uma parcela da sociedade possa ser classificado como basilar; isso nivelaria tais valores numa superfície indesejável, banalizando os que são radicados como força informadora social. [...] O seguro em questão, embora tenha como obrigatória sua contratação, formaliza acordo que vincula apenas a empresa de seguro e o contratado, concebendo uma relação de natureza eminentemente particular, tanto que, na ocorrência de sinistro, o beneficiário pode deixar de requerer a cobertura ou dela dispor como bem entender. [...] inexistente legitimidade ativa ad causam do Ministério Público em razão de que estavam sendo defendidos interesses individuais homogêneos disponíveis” (BRASIL, 2008).

⁶⁸ Segundo o então relator, Ministro Teori Zavascki, o seguro DPVAT se reveste de especificidades que o diferenciam das demais formas securitárias. Além de sua obrigatoriedade prevista em lei, seu escopo é a proteção individual em face de acontecimentos que são corriqueiros e, por vezes, trágicos, a saber, os acidentes veiculares. Salientou que além de ocasionar males sociais, culmina, inclusive em ônus ao Poder Público, principalmente no que diz respeito à seguridade social. Nessa linha: “Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III). 2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível.

Tribunal de Justiça. Atualmente, portanto, se entende que o interesse social qualificado em derredor da questão possibilita sua tutela coletiva, mesmo a se vincular a direitos essencialmente individuais.

No que concerne à Defensoria Pública, a tutela coletiva dos direitos individuais homogênea, em regra, representa uma saída àqueles que ainda refutam sua legitimidade coletiva. Em síntese, o que se alega é que, em relação a esses direitos, poderia o Órgão Defensorial atuar coletivamente, vez que os titulares seriam individualizáveis, de modo que seria viável aferir as respectivas esferas econômicas. Dito de outro modo, apenas na hipótese dos direitos individuais homogêneos serem titularizados por pessoas carentes economicamente poderia a Defensoria Pública atuar.

Nesse sentido, a parte embargante, na ADIn nº 3943/DF, alegou que a suposta contradição no acórdão residiria na necessidade ou não de aferição da carência econômica por parte daqueles que viessem a se beneficiar por ação coletiva ajuizada pelo órgão. Assim, pleiteava a restrição da legitimidade coletiva defensorial somente aos casos em que fosse possível tal expediente, ou seja, na seara dos referidos direitos e também na dos direitos coletivos em sentido estrito. Apenas no âmbito desses direitos transindividuais seria possível tal singularização, o que é inviável em relação aos direitos difusos.

No parecer elaborado pelo professor Lênio Streck, este argumentou em sentido similar, sobretudo no sentido de restringir a atuação defensorial às hipóteses de necessidade econômica. Seu ponto de vista é reforçado em texto de sua autoria, no qual refuta a tese de que o art. 134, *caput*⁶⁹, da Constituição Federal englobaria os direitos difusos, bem como mencionaria apenas os coletivos em sentido estrito e os individuais (STRECK, 2017). Como o tema será melhor debatido no tópico subsequente que versa sobre direitos difusos, prossegue-se no exame acerca dos direitos individuais homogêneos.

(...). 7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09)–, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ). 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento” (BRASIL, 2014).

⁶⁹ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)” (BRASIL, 1988, art. 134).

O Supremo Tribunal Federal, ante os embargos de declaração, manteve entendimento no sentido de assegurar a legitimidade coletiva defensorial em relação a todas as três espécies de direitos metaindividuais mesmo diante de reflexo sobre aqueles que não apresentam carência econômica. Por outro lado, insta aprofundar o tema.

O argumento de que, na seara dos direitos individuais homogêneos, a Defensoria Pública seria capaz de aferir a esfera patrimonial de cada interessado padece de algumas incongruências fáticas e teóricas. Sob o prisma fático, por mais que se esteja diante de direitos cujos titulares sejam determináveis, o número de pessoas, por regra, será elevado. Impor ao órgão a caracterização de cada titular para que se repute legitimado apenas se todos forem vulneráveis economicamente significa, em última instância, deslegitimá-lo.

Conflitos de massas se revestem de capacidade elevada de lesionar direitos, de forma que esse entendimento impossibilitaria por completo a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos por parte da Defensoria Pública. Imagine-se uma situação na qual um grupo de quinhentas pessoas residentes em determinado bairro viesse a ser prejudicada pela ausência de oferta suficiente de transporte público. Algumas delas certamente, conquanto usuárias desse serviço, poderiam não apresentar carência econômica, de forma que deslegitimar, com base nessa circunstância, a Defensoria Pública vulneraria o acesso à justiça de muitos.

Não se pode descurar, também, da própria impossibilidade fática no que toca a aferição singular da esfera econômica de cada titular. Não se trata de restringir a leitura das normas constitucionais correlatas, mas de destituí-las de qualquer eficácia. Ainda em sentido restritivo, Emerson Garcia (2009) ressalta que a única forma de compatibilizar o art. 5º, inciso LXXIV e o art. 134, *caput* da Constituição é a partir da conclusão de que a Defensoria Pública quando individualizados (direitos individuais homogêneos) e individualizáveis (direitos coletivos em sentido restrito).

O problema desse entendimento é precisamente a tentativa de compatibilizar duas vertentes de atuação que, além de autônomas, se revestem de naturezas inconciliáveis. Conforme sobredito, não existe, atualmente, nenhuma forma de se aferir eficientemente, na prática, a condição de necessitado econômico, ou não, de cada titular na seara dos direitos individuais homogêneos ou dos direitos coletivos em sentido estrito.

Em regra, em tipo de argumento é assacado com o escopo de negar a legitimidade coletiva defensorial em relação aos direitos difusos. Contudo, além de não justificar a ilegitimidade absoluta no caso desses direitos, também acaba por representar algo impraticável no âmbito das outras espécies de direitos metaindividuais.

Há, ainda, outro entendimento que tenta, sob outro viés, conciliar a atuação restrita dessa instituição com a sua legitimidade coletiva. Como representativo, Hugo Nigro Mazzili afirma que, se concebida a legitimidade coletiva defensorial, esta não deve ser aplicada aos direitos difusos. Lado outro, quanto aos demais direitos transindividuais, segundo o autor, deve ser admitida a legitimação sem individualização do estado econômico somente no que tange à ação coletiva de conhecimento. Na fase de execução, ou no ajuizamento de execuções individuais mediante o instituto do transporte *in utilibus* da coisa julgada, o Órgão Defensorial somente poderia atuar em favor daqueles que comprovassem debilidade de recursos materiais.

De fato, nessa hipótese, uma vez sendo possível a singularização da esfera econômica de cada titular, a Defensoria Pública somente deverá atuar em favor daqueles que sejam carentes economicamente. Esse entendimento não destoa do que já foi afirmado até aqui, principalmente por não se estar sustentando uma legitimação irrestrita, a qual não existe, segundo o texto constitucional, em relação a nenhum órgão ou entidade. Cada instituição apresenta atribuições constitucionais - delineadas pelo legislador ordinário - que representam moldura dentro da qual deverão atuar as entidades correlatas. Conceber alguma espécie de legitimação incondicional e ilimitada culminaria em inevitável conflito ou usurpação recíproca de atribuições.

Todavia, é necessário distinguir tutela coletiva de direitos metaindividuais de suas consequências sobre os pleitos individualizados de cada titular. Com efeito, as execuções individuais, sejam elas empreendidas na fase executiva do processo coletivo, ou mediante ações autônomas pautadas no mencionado transporte *in utilibus* da coisa julgada não são hipóteses de legitimação *ad causam* coletiva. A legitimidade coletiva, consoante explanado, é exclusiva, ou seja, diferentemente do Direito norte-americano, no Brasil, apenas entidades específicas a possuem por força de lei⁷⁰. Não se admite, nem mesmo, o litisconsórcio que venha englobar qualquer titular individualizado.

Demais disso, a execução de sentença coletiva⁷¹ ocorre de formas diferentes, sendo que incide de forma distinta no que tange aos direitos essencialmente coletivos - difusos e coletivos em sentido estrito - se comparada àquela adotada no que toca aos direitos

⁷⁰ Não se está a olvidar o fato de a ação popular, prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da CFRB e regulada pela Lei nº 4.717/65, ter o escopo de tutelar direitos difusos. O professor José Afonso da Silva intitula a ação popular de ação coletiva em sentido amplo, vez que apresenta pertinência temática restrita, ou seja, vinculada à salvaguarda do patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural (SILVA, 2017, p. 23). Por outro lado, trata-se de excepcionalidade que se justifica por representar instrumento concretizador da democracia participativa (SILVA, 2007, p. 23).

⁷¹ Cumpre esclarecer que se está a tratar de sentenças coletivas condenatórias relativas a obrigação de natureza pecuniária. Por evidência, na hipótese de sobrevir sentença coletiva satisfativa - declaratória ou constitutiva - não será necessária fase executiva para sua efetivação (RODRIGUES, 2003, p. 221).

individuais homogêneos. No primeiro caso, em regra, segundo clarifica o professor Antonio Gidi, tem-se execução coletiva na qual qualquer dos legitimados – atuação autônoma e disjuntiva – poderá promovê-la, consoante o art. 13 da Lei nº 7.347/85⁷², com o desiderato de direcionar o valor da condenação ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (GIDI, 1995, p. 110).

De outro lado, segundo o art. 103, §3º⁷³, é plenamente possível o ajuizamento de execuções individuais por cada um dos titulares correlatos ou em litisconsórcio. Trata-se do fenômeno do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, de sorte que, nesse caso, ao interessado bastará, em sede de ação executiva, a liquidação das respectivas indenizações devidas. Interessante notar que, nessa situação, conquanto se refira a direitos metaindividuais cujos objetos são indivisíveis, será possível a utilização da sentença coletiva como título executivo judicial pelos lesados, a fim de que se supere a fase de conhecimento e, com isso, se perpetre ações executivas. Reitere-se o caráter individual dessas ações, o que significa dizer que o Órgão Defensorial somente atuará em favor daqueles necessitados do ponto de vista econômica, afinal a carência organizacional diz respeito à tutela coletiva. Portanto, não há qualquer afronta à sua legitimidade coletiva.

No que tange aos direitos individuais homogêneos, por mais que caracterizados por titulares singularizáveis, o entendimento restritivo em questão também não se mostra coerente. No caso desses direitos, segundo versa o art. 97 do CDC⁷⁴, tanto pode ocorrer a execução coletiva pelos colegitimados como pelos próprios dos direitos lesados. No primeiro caso, a professora Ada Pellegrini Grinover esclarece que não se trata de uma execução coletiva propriamente dita, visto que seu objeto diz respeito à reunião de pretensões individuais (GRINOVER, 2017, p. 903).

⁷² “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. (Regulamento). § 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010). § 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o **caput** e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)” (BRASIL, 1985, art. 13).

⁷³ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99” (BRASIL, 1985, art. 103).

⁷⁴ “Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82” (BRASIL, 1990, art. 97).

Por outro lado, inobstante a essência individual dessa execução, ainda não houve a habilitação das respectivas vítimas ou sucessores no processo, o que, por regra, ocorre após o deslinde do processo executivo. Não se justificaria, por conseguinte, a restrição da legitimação coletiva defensorial sob o surgimento de que esta estaria a beneficiar pessoas que não sofrem de necessidade econômica. Afinal, não se pode antever quais pessoas optarão por ingressar na execução coletiva ou, diversamente, ajuizar ações individuais.

Ademais, emerge outra questão impeditiva da tentativa de se conciliar atuação restritiva do Órgão Defensoria com sua legitimidade *ad causam* coletiva. Se está a falar sobre o chamado *fluid Recovery*, cuja previsão reside no art. 100 do CDC⁷⁵. Conforme lição da professora Ada Pellegrini Grinover (2017, p. 915), o instituto do *fluid recovery* se justifica em contexto no qual, ante o diminuto reflexo patrimonial do dano coletivo se concebido sob o viés de cada particular, não raro há um desestímulo geral na habilitação em face de execução coletiva ou no ajuizamento de demandas executivas individuais.

Para que se evite a violação ao princípio da reparação integral⁷⁶, o *fluid recovery* – ou indenização fluida – significa dizer que, após o prazo legal e sem a habilitação de número de titulares compatível com a dimensão da lesão, algum dos legitimados coletivos promoverá liquidação coletiva. Após o produto indenizatório será direcionado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Consectariamente, não há forma de compatibilizar o entendimento limitativo em tela com *fluid recovery*.

Por não ocorrer a liquidação individual de cada obrigação de indenizar, o instituto se reveste de natureza coletiva. Todavia, também pelo mesmo motivo, não se poderá afirmar com absoluta certeza que somente beneficiará pessoas economicamente necessitadas. Assim, sob a perspectiva apresentada em sede de embargos de declaração, a Defensoria Pública seria

⁷⁵ “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985” (BRASIL, 1990, art. 100).

⁷⁶ No âmbito da tutela coletiva, o princípio da reparação integral decorre da elevada importância conferida ao objeto do direito coletivo violado. Segundo a professora Ada Pellegrini Grinover não se trata apenas de conferir caráter punitivo e pedagógico à sentença coletiva-satisfativa ou não satisfativa. Busca-se, também, por meio da compensação pecuniária, reunir recursos materiais que possibilitem a concretização de medidas que possam intensificar a proteção ao bem jurídico metaindividual lesado (GRINOVER, 2007, p. 146). Destaque-se que esse postulado principiológico tem sido repetidamente aplicado pelos Tribunais Superiores, mormente em danos ambientais. Conferir os julgados: “REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros” (BRASIL, 2017b).

ilegítima quando essa liquidação coletiva pudesse atrair obrigação de indenizar relativamente a um credor que não seja necessitado. Em termos teóricos e práticos, esse ponto de vista é insustentável. Em última instância, deslegitima completamente o Órgão Defensorial no que diz respeito ao processo coletivo.

O objetivo aqui não é discorrer exaustivamente sobre matéria inerente ao processo coletivo, mas demonstrar que sob nenhum viés o entendimento restrito aqui examinado se compatibiliza com a sistemática adotada na tutela coletiva, seja na fase de conhecimento. Apenas nas hipóteses em que se esteja diante de ações individuais é que se poderá dizer que o Órgão Defensorial apenas deve atuar em prol daqueles destituídos de recursos materiais mínimos. Não por lhe faltar legitimidade coletiva, mas simplesmente porque, na hipótese, o fato gerador de sua atuação não será a vulnerabilidade organizacional, mas sim a econômica.

Em outras palavras, diante de tudo que foi exposto, emergem duas conclusões possíveis. A primeira esclarece o aspecto autônomo da vulnerabilidade organizacional. Não se trata de autonomia a margem do regime jurídico aplicado à Defensoria, mas no sentido de que ela pode existir sem que seja necessário verificar a coexistência da vulnerabilidade econômica. Isso significa que, caso a demanda coletiva a ser judicializada possa vir a salvaguardar grupo de pessoas carentes economicamente, restará legitimada a atuação defensorial em face da vulnerabilidade organizacional.

A segunda conclusão é a de que a admissão da legitimidade coletiva da Defensoria Pública de modo adstrito aos direitos individuais homogêneos ou aos coletivos em sentido estrito, sob o argumento da possibilidade de singularização dos interessados, destitui sua eficácia. Isso porque é remota – para não dizer impossível – demanda coletiva que possui reflexos apenas em face de pessoas carentes do ponto de vista econômico. Outrossim, para que se possa seguir esse posicionamento, seria imprescindível a análise pormenorizada da esfera patrimonial de cada interessado, o que é impraticável em qualquer das espécies de direitos coletivos em sentido amplo.

Cabe agora investigar a atuação da Defensoria Pública em sede dos direitos difusos. Trata-se de um aspecto essencial ao estudo que se propõe fazer acerca da legitimidade defensorial para fins de promoção da tutela coletiva da moralidade administrativa.

3.5.5 A legitimidade coletiva defensorial e os direitos difusos

O tema a ser discutido nesse tópico não só se integra ao âmago do presente estudo, como também é, possivelmente, aquele que mais desperta dissensos na doutrina. A fim de manter a coerência e a continuidade dos argumentos já trabalhados, sobretudo por constituírem base teórica sobre a qual se investigará a temática no contexto da tutela coletiva da moralidade administrativa, oportuna é a reiteração de algumas conclusões já demonstradas.

A Defensoria Pública possui legitimidade coletiva desde o seu advento, como decorrência de interpretação constitucional evolutiva do conceito de acesso à justiça vinculado à instituição. Como sobredito, limitar sua atuação à prestação de assistência jurídica gratuita somente em relação a direitos tipicamente individuais titularizados por pessoas economicamente carentes seria, em suma, negar todas as sensíveis mudanças sociais ocorridas.

Após o julgamento da ADIn nº 3943/DF (BRASIL, STF, 2017), por conseguinte, declarou-se o que já se concebia em vistas do ordenamento jurídico então vigente. Concretizou-se a tese de que a Defensoria Pública é, de fato, legítima para o ajuizamento de ações coletivas no que toca a todas as espécies de direitos metaindividuais. Contudo, essa legitimidade *ad causam* coletiva não é irrestrita ou absoluta, de modo que deverá incidir ante contexto de vulnerabilidade, seja ela econômica ou organizacional. Ademais, cumpre rememorar que nenhum dos colegitimados atua de forma incondicional, a exemplo do que foi demonstrado em relação ao Ministério Público no caso dos direitos individuais homogêneos.

Mesmo após o julgamento, subsiste entendimento no sentido de que a Defensoria Pública somente teria legitimidade coletiva na hipótese dos eventuais beneficiados, cada um deles, apresentarem carência material. Como afirmado, trata-se de ponto de vista cuja consequência seria retirar toda a eficácia do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/85⁷⁷. Isso porque, consoante demonstrado, seria impraticável o prévio exame da esfera econômica de cada titular, em qualquer das fases – cognitiva ou executiva – do processo coletivo. Consectariamente, a legitimidade coletiva defensorial não está adstrita a singularização dos interessados e sim ao regime jurídico aplicado à instituição.

Desse modo, não se está a afirmar que o Órgão Defensorial se reveste de legitimação coletiva em qualquer situação fática. Com efeito, a vulnerabilidade organizacional, como fato gerador de sua atuação coletiva, apesar de autônoma deve ser lida em cotejo com a

⁷⁷ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007)” (BRASIL, 1985, art. 5º).

vulnerabilidade econômica. Dito de outro modo, em contextos nos quais a judicialização de determinada demanda coletiva possa vir a beneficiar pessoas economicamente necessitadas, evidenciar-se-á a legitimidade coletiva defensorial. A circunstância de os efeitos da demanda coletiva ajuizada vir a afetar indivíduos que não sejam financeiramente necessitados, não representará óbice, à sua legitimidade *ad causam* coletiva.

Dito isto, cabe prosseguir no exame dos argumentos apresentados nos embargos declaratórios, assim como em parecer elaborado pelo professor Lênio Streck (2015). Nas referidas peças, argumenta-se no sentido de que a Defensoria Pública não só é ilegítima ao ajuizamento de ações coletivas referentes a direitos difusos, como também indica a existência de vedação constitucional taxativa a respeito.

Em seu parecer, o professor afirma que a emenda constitucional nº 80/2014 (BRASIL, 2014) teria conferido à Defensoria Pública apenas legitimidade para fins de tutela coletiva dos direitos difusos e dos direitos coletivos em sentido estrito. Ao não mencionar expressamente os direitos difusos, em verdade, estaria o texto constitucional excluindo essa espécie de direitos transindividuais de suas funções institucionais.

Para reforçar esse entendimento, menciona-se o art. 129, inciso III, da Constituição Federal⁷⁸, em que foi prevista expressamente, no contexto das atribuições constitucionais do Ministério Público, a tutela dos direitos difusos. Desse modo, a ausência da expressão *direitos difusos* no art. 134 da Constituição Federal de 1988 constituiria um silêncio legislativo deliberado.

Lado outro, além da inexistência de previsão normativa, justifica-se essa ótica com base na impossibilidade de se individualizar os sujeitos de direito afetados por evento que venha lesar direitos difusos. Consoante previsão legal no art. 81, parágrafo único, inciso I do CDC (BRASIL, 1990)⁷⁹, os direitos difusos são indivisíveis, bem como são titularizados por contingente social indeterminado. Exemplifica o professor Antonio Gidi (1995, p. 88) com a situação em que publicidade abusiva, após ser veiculada reiteradamente, afeta um quantitativo

⁷⁸ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988, art. 129).

⁷⁹ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (BRASIL, 1990, art. 81).

indeterminado de pessoas. Diante de tais características, argumenta-se que a inviabilidade de se singularizar o estado econômico dos interessados afastaria a atuação da Defensoria Pública.

Nesses termos, a leitura do art. 134, *caput*⁸⁰, com a redação dada pela EC. nº 80/2014, deve conceber como englobados os direitos coletivos em sentido estrito, enquanto a expressão *direitos individuais* se referiria tanto àqueles tipicamente individuais, como também os direitos individuais homogêneos. Uma vez apresentado o entendimento, cabe, agora, propor antítese em face do mesmo.

Preliminarmente, destaque-se que a positivação das espécies de direitos metaindividuais ocorreu com o advento da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. À época da promulgação do texto originário da Constituição Federal, ainda não se falava em três espécies de direitos metaindividuais, a saber, direitos difusos, coletivos em sentido restrito e individuais homogêneos. Nesse sentido, a professora Claudia Lima Marques (2011, p. 104) salienta que as precitadas espécies normativas, anos após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, passaram por uma consolidação doutrinária e jurisprudencial.

Por conseguinte, a realidade normativa e jurisprudencial à época da promulgação do texto constitucional originário era sensivelmente distinta daquela vigente no momento do advento da EC. nº 80/2014. Portanto, a comparação entre conjunturas tão discrepantes, sobretudo em relação à tutela coletiva, deve ser empreendida de forma cautelosa. Sob essa ótica, conseqüentemente, a norma constitucional se refere aos direitos tipicamente individuais e, também, aos direitos coletivos como gênero⁸¹. Além disso, nesse primeiro momento, ressalte-se que a mera interpretação filológica dos dispositivos em apreço também permitiria concluir que, acaso fosse esse o escopo legislativo, utilizar-se-ia a expressão *direitos coletivos em sentido estrito* ou outra que indicasse a pretendida limitação.

O art. 134, *caput*, da Constituição Federal, outrossim, também refere que é papel da Defensoria Pública a *promoção dos direitos humanos*. Ana Mônica Anselmo de Amorim (2017, p. 44) esclarece que a mencionada previsão constitucional inclui, dentre as funções institucionais do órgão, a salvaguarda integral dos direitos humanos, isto é, em todas as suas vertentes, judiciais e extrajudiciais, como também individuais e coletivas. Em perspectiva

⁸⁰ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)” (BRASIL, 1988, art. 134).

⁸¹ Note-se que, conquanto a opção etimológica adotada nesse trabalho, a doutrina, em grande parte, se refere aos direitos metaindividuais como direitos coletivos em sentido amplo, ou seja, enquanto gênero.

similar, o professor André de Carvalho Ramos (2011, p. 59)⁸² leciona que a utilização, no ordenamento jurídico, da expressão *direitos humanos* deve ser concebida sempre a se buscar a cobertura máxima dos mesmos.

Dessarte, ao prever a proteção dos direitos humanos, a Constituição Federal, o faz com o desiderato de tutelá-los sob uma perspectiva de indivisibilidade. Nessa ótica, consoante lição do professor André de Carvalho Ramos (2011, p. 22), entende-se que a divisão em geração ou dimensões nada mais é, do que mecanismo facilitador do entendimento da gênese desses direitos ao longo da história. No âmbito da teoria constitucional, devem ser concebidos de forma una, de forma que a violação de um desses direitos acaba por vulnerar todos os outros. Não por outro motivo, fala-se hoje em direito à vida digna como direito que somente pode ser implementado através da efetivação de todo o arcabouço de direitos fundamentais, sejam eles de natureza prestacional ou não.

Nesse contexto, não faria sentido o legislador constituinte excluir da legitimidade coletiva defensorial os direitos difusos. Não tem sentido teórico nem prático em conferir legitimação à tutela coletiva de apenas uma parte dos direitos metaindividuais. Não se pode descurar, ademais, que os direitos difusos se revestem da maior abrangência dentre as espécies de direitos transindividuais, de forma que diminuir a proteção, mediante a exclusão de um legitimado, significaria prejudicar, consideravelmente, a proteção dos direitos.

A Constituição Federal dedicou, ao longo de todo o seu texto, relevância à proteção aos direitos humanos. Em seu art. 4º, inciso II, estatui que as relações internacionais da República Federativa do Brasil serão norteadas, também, pela prevalência dos direitos humanos. Após a Emenda Constitucional nº 45/04 (BRASIL, 2004), conferiu estatura normativa diferenciada àqueles tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos (art. 5º, §3º, da CFRB)⁸³. Não se pode esquecer, outrossim, do incidente de deslocamento de competência por ocasião de grave dano a direitos humanos (art. 109, §5º, da CFRB)⁸⁴.

⁸² Frisa o professor o caráter meramente acadêmico ou didático da segmentação existente em relação aos direitos humanos e os direitos fundamentais. Em suma, à luz da busca incessante pela proteção dos direitos humanos, na prática, oportuna se mostra a unificação dos conceitos (RAMOS, 2011, p. 43).

⁸³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo).

⁸⁴ § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do

Além do já explanado princípio da máxima efetividade, a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, a se considerar todos os institutos protetivos dos direitos humanos, constata-se que o entendimento restritivo em apreço, não se coaduna com a sua finalidade. Reduzir a salvaguarda dos direitos humanos em relação à espécie mais ampla de direitos transindividuais discrepa de todo o sistema constitucional.

Por conseguinte, a hipótese de referência expressa aos direitos coletivos em sentido estrito inquinaria a norma constitucional secundária de inconstitucionalidade. Isso porque, conforme a lição do professor André Ramos Tavares se o Poder Constituinte Originário incide ilimitadamente, o mesmo não pode ser dito do secundário. As limitações a este decorrem não só das cláusulas pétreas, mas, também, do texto constitucional originário e das reformas constitucionais ocorridas anteriormente (TAVARES, 2014, p. 367). Portanto, eventual restrição desse jaez significaria violação material dos preceitos constitucionais, sobretudo daquele referente à vedação do retrocesso.

A seu turno, o art. 4º, incisos VI e VII⁸⁵, explicita não só o dever protetivo de direitos humanos, como também a legitimidade coletiva defensorial no âmbito dos direitos difusos. Não consiste em ampliar, indevidamente, os limites constitucionais de regência da matéria, mas a concretização de mecanismos amplos de tutela dos direitos humanos em todas as suas vertentes.

Exemplo da importância da pluralidade de legitimados coletivos se pode depreender da análise do II Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública do ano de 2015⁸⁶. Nesse relatório, constata-se o ajuizamento de ações coletivas, pela Defensoria Pública, em diversos temas, nos quais se conjugam os aspectos da vulnerabilidade organizacional e econômica.

Ademais, cumpre acrescentar que o legislador ordinário positivou, em outros diplomas normativos, a legitimidade coletiva defensorial no que diz respeito aos direitos difusos. Exemplo disso foi a modificação empreendida pela Lei nº 13.146/2015, ou seja, o Estatuto da

inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁸⁵ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009). VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009)” (BRASIL, 1988, art. 4º).

⁸⁶ II Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública do ano de 2015. Disponível em: <[https://www.anadep.org.br/wtksite/Preview_Livro_Defensoria_II_Relat_rio\(1\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/Preview_Livro_Defensoria_II_Relat_rio(1).pdf)>. Acesso em: 01 set. 2017.

Pessoa com Deficiência. O citado diploma legal alterou a redação do art. 3º⁸⁷, da Lei nº 7.853/89 (BRASIL, 1989), a fim de conferir ao Órgão Defensorial legitimação para fins de proteção dos direitos difusos titularizados por pessoas com alguma espécie de deficiência.

No que concerne ao outro alicerce do comentado entendimento restritivo, cumpre retomar a ideia apresentada em tópico anterior. Além da ausência de previsão constitucional expressa, diz-se que ilegitimidade resultaria, novamente, da impossibilidade de se individualizar economicamente os respectivos prejudicados pelo dano coletivo. No âmbito dos direitos difusos, distintamente do que acontece em relação as demais espécies, a própria lei já expõe a indivisibilidade do objeto de tais direitos, bem como a indeterminação de seus titulares. Além disso, a inexistência de uma relação jurídica entre esses sujeitos de direitos clarifica, ainda mais, a inviabilidade de se aferir, previamente, a situação patrimonial de cada um.

Como sobredito, o que pode vir a acontecer, é o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva. Em síntese, caso se julgue procedente pedido em ação coletiva, a coisa julgada coletiva poderá ser aproveitada, individualmente, pelos titulares. Com isso, eles poderão empreender execução e liquidação individuais, sem que seja necessária uma nova fase de conhecimento. Entretanto, tal expediente somente ocorrerá após todo o trâmite judicial da demanda coletiva, o que significa que, de início, os efeitos singulares da lesão coletiva remanesçam desconhecidos.

Por outro lado, em consonância com argumentação já empreendida, esse entendimento retira toda a eficácia da legitimação legal conferida ao Órgão Defensorial. Isso porque é da própria natureza dos direitos metaindividuais a existência de amplo contingente de pessoas afetadas. Na prática, é inviável analisar a situação econômica de cada particular, seja em face do exorbitante quantitativo, como também pela morosidade que isso acarretaria à atuação defensorial. Por conjectura, imagine-se circunstância na qual a Defensoria Pública objetivasse o ajuizamento de demanda coletiva atinente a questões de saneamento básico e mobilidade urbana. Por se tratar de elementos cujos reflexos se estendem consideravelmente, exigir uma análise prévia da condição de necessitado dos interessados culminaria em vulneração do próprio acesso à justiça.

⁸⁷ “Art. 3º As medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal, por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, por autarquia, por empresa pública e por fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)” (BRASIL, 1989, art. 3º).

O acesso à justiça também diz respeito à eficiência e economia processuais inerentes ao acesso à justiça. Segundo lição do professor Teori Albino Zavascki (2011), eficiência na medida em que se evita, por intermédio da tutela coletiva, o surgimento de coisas julgadas individuais contraditórias. Economia no sentido de salvaguardar o direito de contingente social amplo, por mais que, individualmente consideradas, as lesões sejam diminutas. Há, por conseguinte, interesse social imanente à promoção do acesso à justiça nos casos de danos coletivos.

No campo dos direitos difusos, o acesso à justiça se evidencia com ainda mais força. Por regra, a conduta danosa apta a irradiar efeitos deletérios em face desses direitos possui uma dimensão de amplitude singular. Com isso, não raro, esse contexto acaba por violar, continuamente, esses direitos metaindividuais, de forma que as lesões se protraem no tempo. Cumpre ressaltar, ainda, lição do professor Owen Fiss⁸⁸ (1996, p. 109), no sentido de que quando se está diante de direitos coletivos cujos titulares são indetermináveis, há a possibilidade destes não se aperceberem da lesão. Por isso, os instrumentos de fiscalização e, principalmente, de tutela coletiva devem ser amplos o suficiente para que se detecte possíveis danos a direitos difusos, de modo a interrompe-los eficientemente.

Sob outra ótica, igualmente importante, há de se fazer o cotejo entre as normas processuais e aquelas atinentes ao direito material. Assim, não se pode olvidar a possibilidade de todo direito material vir a ser caracterizado, a depender da situação fática, como direito difuso. Dito de outro modo, a dimensão fática da lesão coletiva é que servirá de parâmetro investigativo a fim de constatar a natureza dos direitos metaindividuais em questão. Por mais que, usualmente, se indiquem os direitos ambientais e o direito à moralidade administrativa como sinônimos de direitos difusos, outros interesses podem integrar essa categoria.

Diante disso, emerge outra incongruência do entendimento segundo o qual a Defensoria Pública estaria proibida de promover ações coletivas que versem sobre direitos difusos. Ao se unificar, indevidamente, os conceitos de ordem processual com os de natureza material obsta-se o exame concreto da legitimação *ad causam* para fins de tutela coletiva. Note-se que a nenhum dos legitimados, seja o Ministério Público, entes associativos ou partidos políticos, se impõe barreira abstrata no que concerne à legitimidade coletiva.

Os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 988) denotam a incoerência de se criar obstáculos abstratos à tutela coletiva, sobretudo quando se

⁸⁸ Cumpre ressaltar objeção apresentada pelo referido autor. Apesar de admitir a importância da ampla legitimação, contanto que dotada de representatividade adequada, rechaça a preponderância de órgãos públicos em polos ativos de ações coletivas. Preconiza a importância de a própria sociedade, organizadamente, judicializar demandas coletivas (FISS, 1996, p. 109).

trata de sistemática processual que ainda está se desenvolvendo, seja por meio de novos diplomas legislativos, como também, principalmente, através de construções pretorianas. Assim, a pertinência temática, para fins de investigação da legitimidade ativa, se refere a todos os colegitimados, o que, contudo, somente é passível de constatação motivada em face da conjuntura fática.

Dessarte, é a partir do caso concreto que se poderá afirmar se a Defensoria Pública é ou não legitimada coletiva. Em outras palavras, a partir da verificação da situação fática, será viável concluir se há, em face de lesão a direitos metaindividuais, fato gerador à sua atuação, a considerar, conjuntamente, a vulnerabilidade organizacional e a econômica.

4 A TUTELA COLETIVA DO DIREITO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA DEMOCRÁTICO

4.1 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Precisar o que se entende, neste estudo, por moralidade administrativa é essencial para que se compreenda em que medida se está a investigar a sua tutela pela Defensoria Pública. Por evidência, trata-se de termo plurissignificativo, o qual recebe tratamento normativo, legal e constitucional, a depender do sentido que lhe é conferido. Assim, conquanto alguns autores estabeleçam moralidade e probidade administrativas, reciprocamente, ora como gênero e espécie, ora como sinônimos, não se seguirá esse entendimento.

Inobstante haja uma relação entre o que se tem por moral e a moralidade administrativa, não se trata de sinônimos, assim como não se pode afirmar que esta se limitaria aos influxos daquela no Direito. Lado outro, tampouco se mostra correto restringir a moralidade administrativa à observância exata, pelo administrador, da lei de regência e da Constituição Federal. Como se verá, a moralidade administrativa assume caracteres próprios.

Dessarte, enquanto a moral ou moralidade social⁸⁹ se referem à conduta de um agente em face da comunidade que integra, a moralidade administrativa assume nuances especificamente aplicáveis à seara de atuação do agente público ante a Administração Pública⁹⁰. No entanto, não se deve descurar da influência que a moralidade social lança sobre a seara jurídica. Rogério Pacheco e Emerson Garcia destacam, inobstante a necessária distinção semântica, a moralidade jurídica se aproxima da social ou comum na medida em que impõe ao *intraneus* conduta pautada em ética, honestidade e bons costumes (2017, p. 131).

⁸⁹ Lawrence Schimitt (2014, p.190) ressalta que a construção da moralidade social se aproxima daquela na seara jurídica no que diz respeito ao sancionamento de condutas imorais. Enquanto na senda social às posturais imorais se impõem sanções difusas oriundas da comunidade, na do Direito as condutas imorais são juridicamente qualificadas, assim como suas sanções. Assim, no âmbito jurídico, há uma seleção de condutas imorais a que se confere, ante o caráter particularmente lesivo, tratamento normativo.

⁹⁰ Embora não se desconheça a existência de celeuma acerca das terminologias utilizadas para designar a função administrativa do Estado, a exemplo de *Poder Público* e *Administração Pública*, a utilização dos mesmos, nesse trabalho, não pretende demonstrar qualquer escolha política. Nessa linha, Gustavo Binbenbojm (2013) ressalta que o direito administrativo nasceu como forma de conferir respaldo legal específico às arbitrariedades do Antigo Regime. Segundo ele, o objetivo inicial do Direito Administrativo era limitar a responsabilização do Estado diante dos excessos, em momento no qual a irresponsabilidade civil total já começa a ser questionada. Nessa perspectiva o signo *Poder Público* carrega em si a noção do Estado como potestade diante do indivíduo. Em relação ao termo *Administração Pública* veicula a ideia de uma estrutura voltada à consecução do interesse público, conquanto o autor dirija críticas a sua existência como categoria intrínseca ao Direito Administrativo (BINENBOJM, 2013, p. 88). Por outro lado, no presente estudo, a utilização dos referidos termos, reitera-se, não significa a adoção de nenhum dos significados aludidos. A utilização alternativa dessa terminologia busca apenas a fluidez textual.

Segundo aduzem os autores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 145), a moralidade administrativa consubstancia princípio jurídico que norteia a atuação do administrador. Contudo, rechaçam a visão restritiva segundo a qual essa investigação se daria somente no âmbito da lei, de modo que os autores se referem ao Princípio da Juridicidade. Paulo Otero (2007, p. 26), por sua vez, confere relevância singular ao Princípio da Juridicidade na seara do Direito Administrativo, vez que ele denota a ideia central do movimento neoconstitucionalista, qual seja, da transcendência do modelo legalista de Direito. Com o referido postulado principiológico, objetiva-se conferir natureza normativa não só às regras, como também aos princípios, mesmo aqueles não expressos legalmente. Isso significa que o modelo de conduta a ser observado pelo agente público decorre, também, de princípios jurídicos, sendo que a violação destes resultará em responsabilização, de modo similar ao que se tem no que toca às regras.

Destarte, o princípio da juridicidade, ao englobar não só as regras veiculadas nas disposições legais e constitucionais que regem a atuação do agente público, como também os princípios jurídicos, submetem o administrador a um rol de deveres jurídicos muito mais amplos do que aqueles positivados expressamente. Os professores salientam o caráter instrumental da Administração Pública como pedra de toque da análise da atuação do agente público. Isso significa que, a partir da premissa de que o Estado se reveste do escopo principal de efetivar e salvaguardar direitos fundamentais⁹¹, deve-se analisar a conduta do administrador.

Cumprе destacar que, nessa linha de raciocínio, não basta empreender operação subjuntiva ao se cotejar a conduta do agente público e o que se encontra previsto na lei em sentido amplo. A moralidade administrativa engloba, segundo José Afonso da Silva (2017), os princípios jurídicos explícitos e implícitos⁹² que devem nortear a atuação do Poder Público.

⁹¹ A doutrina administrativista costuma se referir ao Princípio da Supremacia do Interesse Público no que toca à atuação estatal voltada à realização e salvaguarda dos direitos fundamentais. Todavia, o referido postulado não se mostra indene de críticas, mormente em relação à alegada natureza principiológica. Gustavo Binenbojm (2013, p. 143) aduz que a resposta apriorística ao conflito entre interesse particular e público, com a preponderância abstrata deste se afasta do expediente da ponderação de bens e interesses, técnica que tem lugar na interpretação dos princípios. Paulo Otero (2007, p. 219), a seu turno, chama atenção para a utilização do postulado da supremacia do interesse público como mecanismo de retórica argumentativa. De fato, se adotado de forma tautológica, o referido princípio pode ter a sua estrutura esvaziada. Entretanto, não se pode restringir a semântica principiológica ao termo de designação. A relevância do Princípio da Supremacia do Interesse Público reside na sua utilização como vetor interpretativo e não como solução insofismável, de forma que se preconize a tessitura instrumental da Administração Pública. Assim, o postulado da supremacia do interesse público pode ser aferido enquanto a busca pelo desiderato principal do Estado, qual seja, a concretização dos direitos humanos.

⁹² Na ótica atinente ao Princípio da Juridicidade, os princípios jurídicos implícitos, ou seja, aqueles não veiculados no texto legal se destacam. Isso porque, como sobredito, o postulado da juridicidade busca superar a estrita legalidade dos atos administrativos. A linha do movimento neoconstitucionalista, concebe os princípios jurídicos enquanto normas das quais se pode extrair deveres jurídicos correlatos. Odete Medauar (2016) afirma

Os professores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 165) esclarecem que esse nível de abstração inerente à moralidade administrativa não deve culminar em imputações arbitrárias. Para tanto, necessário de faz, em sede de fiscalização dos atos da Administração Pública⁹³, examinar a moralidade pública em cotejo com os demais princípios e regras que regem sua atuação, sempre a ter em mente a natureza instrumental do Estado.

De outro lado, há também outro aspecto que denota a transcendência da moralidade administrativa em face da legalidade. Afora a investigação acerca dos caracteres externos da conduta do agente público, há de se aferir também a sua vertente subjetiva (GARCIA; ALVES, 2017, p. 172). Dito de outro modo, caso o administrador, apesar de ter agido objetivamente em consonância com a lei em sentido amplo⁹⁴, almeje finalidade avessa ao interesse público, restará violada a administração pública. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) destaca que, embora não represente requisito intrínseco à validade de atos administrativos⁹⁵, o móvel, na condição de elemento subjetivo do administrador, pode vir a configurar hipótese de violação da moralidade administrativa.

Portanto, a mera subsunção da conduta do *intraneus*⁹⁶ às formas típicas previstas legalmente não exaurem a moralidade administrativa. É imprescindível que, ao consubstanciar o ato administrativo, o agente público se revista do desiderato de buscar a efetivação ou salvaguarda de direitos fundamentais, sendo estas as consequenciais essenciais da instrumentalidade do Estado. Consoante exemplo indicado pelo professor José dos Santos Carvalho Filho (2009), imagine-se situação em que determinado gestor público venha a exarar ato administrativo que promova a abertura de procedimento licitatório necessário à

que os princípios implícitos, no Direito Administrativo, decorrem, principalmente, de interpretação teleológica dos postulados principiológicos e das normas-regra expressas. Além do próprio postulado da juridicidade, é exemplo de princípios implícitos aquele que estatui o dever de motivação no âmbito da Administração Pública. Conquanto não expresse na condição de princípio, segundo o texto constitucional, o dever de motivação não só decorre do princípio expresso da publicidade, mas também da própria sindicabilidade dos atos administrativos (MEDAUAR, 2016, p. 134).

⁹³ Há uma pluralidade de teorias que se ocupam de explicar o vínculo jurídico entre o agente público e a Administração Pública. No presente trabalho, consoante o que afirma Odete Medauar (2016, p. 45), adota-se a teoria orgânica. Segundo essa vertente teórica, o agente público age na condição de órgão público, ou seja, ele materializa o Poder Público no exercício de suas funções, apresentando-o.

⁹⁴ Assim como a amplitude semântica do postulado da juridicidade, quando se fala, no âmbito do Direito Administrativo, em lei em sentido amplo, se está a fazer referência a qualquer ato normativo exarado pelo Estado, em consonância com a explicação de Hely Lopes Meirelles (ano?).

⁹⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 123) define ato administrativo como declaração do Estado ou de agente que o presente, apto a produzir efeitos jurídicos submetidos ao regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público.

⁹⁶ Conforme preleciona José Baltazar Júnior (2006), o conceito de *intraneus* consubstancia noção ampla de agente público. Portanto, engloba não apenas aquele que mantém vínculo jurídico direto com o Estado, a exemplo daquele que exerce cargo comissionado ou que é servidor público efetivo, mas também os indivíduos que atuam em colaboração com o Poder Público. Amolda-se, também, ao referido conceito a pessoa que mantém vínculo com concessionárias, ou outras entidades contratadas pela Administração Pública, no exercício de funções públicas (BALTAZAR JÚNIOR, 2006, p. 121).

manutenção das atividades de um órgão público. Nesse contexto, caso se verifique que a abertura da licitação naquele momento teve como objetivo paralelo o benefício de amigo íntimo do administrador, a responsabilização por violação à moralidade administrativa será plenamente viável (CARVALHO FILHO, 2017, p. 35).

Em suma, em consonância com o entendimento dos professores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017), a moralidade administrativa constitui princípio jurídico segundo o qual o administrador, no seu exercício funcional, deve observar o princípio da juridicidade, sendo este representativo de todas as regras e princípios insertos no ordenamento jurídico pátrio. A premissa teórica a ser adotada é a de que a moralidade administrativa, além de um direito, representa um superprincípio. Dessarte, Wallace Paiva Martins Júnior (2009, p. 42) salienta que a moralidade administrativa constitui superprincípio na medida em que informa todos os demais postulados principiológicos intrínsecos à Administração Pública. Não só em relação àqueles expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal⁹⁷, mas também de todos os caracterizados como princípios implícitos⁹⁸. Assim, conforme o autor, a moralidade administrativa é pressuposta lógica de todos os princípios que regem as atividades típicas do Estado, bem como da própria conduta administrativa.

Em linha de entendimento similar, Waldo Fazzio Júnior (2007) leciona que, nem sempre, conduta ilegal significará conduta ímproba. Nesse sentido, tem-se que, apesar de integrar a noção de juridicidade, o princípio da legalidade⁹⁹, quando violado, nem sempre culminará em imoralidade administrativa. Consoante denota, para que a conduta ilegal seja reputada como ímproba¹⁰⁰, o agente público deve ter agido com desonestidade, má-fé ou outra finalidade deturpada que se consubstancia nas figuras do dolo ou da culpa (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 288). Note-se, inclusive, que esse entendimento tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁹⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência fica inconclusa a ideia (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL, 1988, art. 37).

⁹⁸ Odete Medauar (2016, p. 102) aduz que os princípios administrativos implícitos, a exemplo do postulado da razoabilidade, decorrem de uma interpretação constitucional teleológica e sistemática, de modo que a atuação do Estado esteja em consonância com a Constituição em sua integralidade.

⁹⁹ Enquanto, na senda do Direito Privado, usualmente se diz que o princípio da legalidade reside no axioma de que tudo que a lei não proíbe considera-se permitido. Lado outro, no âmbito do Direito Público, se afirma que o agente público somente pode agir em consonância com o que a lei claramente determina. Entretanto, oportuna menção à crítica tecida por Gustavo Binbenbom (2005) no sentido de que a legalidade administrativa como submissão positiva à estrita previsão legal desconsidera as zonas de discricionariedade do administrador. Segundo o autor, nem sempre conduta distinta daquela prevista em lei será ato administrativo ilícito, porquanto o exame deve preconizar a juridicidade enquanto indicativa de finalidade pública motivada e inserta na interpretação jurídica.

¹⁰⁰ No sentido exposto anteriormente, ou seja, na condição de dever jurídico decorrente da moralidade administrativa, qual seja, o mandamento de probidade.

Há de se frisar que, ao configurar princípio jurídico, da moralidade administrativa decorrem deveres jurídicos. Conforme leciona o professor Norberto Bobbio, sob a ótica da teoria geral do direito, em face de deveres jurídicos, haverá, por regra, sujeitos de direito. Esses sujeitos de direito titularizam, como conteúdo do direito respectivo, situações jurídicas em face da coletividade e, sobretudo, do Estado (2015, p. 210).

Por conseguinte, o direito à moralidade administrativa assume especial importância não só por ser oponível ao Poder Público, mas por refletir sobre todo o arcabouço de direitos fundamentais. Ao se vislumbrar, conjuntamente, a natureza instrumental do Estado e a indivisibilidade inerente aos direitos fundamentais, percebe-se a relevância do direito à moralidade administrativa. Nessa ótica, o Estado, ao se desviar do interesse público, acaba por violar todo o arcabouço de direitos fundamentais, seja de forma potencial ou, inclusive, de modo concreto. Ressalte-se que essa linha de pensar ficará ainda mais clara no tópico a seguir, em que se examinará a relação entre moralidade administrativa e corrupção.

De outro lado, a relação entre moralidade administrativa e probidade administrativa é objeto de dissenso doutrinário. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017) adotam o posicionamento segundo o qual a probidade administrativa seria conceito mais amplo, a englobar o próprio postulado principiológico da moralidade administrativa. Assim, a probidade administrativa decorreria de todo o panorama normativo regente da atuação do administrador, dentro do qual estaria, também, a moralidade administrativa. Atos de improbidade administrativa, conseqüentemente, seriam aqueles atos tipificados legalmente, a se considerar a violação dos princípios e regras que regulam a atuação do servidor público (GARCIA; ALVES, 2017, p. 106).

Por sua vez, o professor Juarez Freitas (2007) afirma que a probidade administrativa consubstancia dever específico que decorre da moralidade administrativa, de modo que esta constitui forma conceitual mais abrangente. Assim, como decorrência da moralidade administrativa, há o dever jurídico de probidade administrativa por parte do agente público. Nessa perspectiva, os atos de improbidade veiculados na Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992) não consubstanciam um rol de atos que integram o dever de probidade. Mais do que isso, estabelecem categorias genéricas de vulneração desse dever (FREITAS, 2007, p. 44).

Nos moldes do art. 10 da referida lei, conjecture-se a inobservância, dolosa ou culposa, por exemplo, o princípio da eficiência por meio de procedimento licitatório eivado de nulidade. Nessa hipótese, caso haja lesão ao erário, o agente público competente poderá ser responsabilizado. Não se trata de empreender mera operação subjuntiva, mas sim de examinar toda a ordem jurídica a qual está submetida a atuação do administrador. Uma vez

desrespeitada, o intérprete deve buscar, na lei de improbidade administrativa, a categoria em que melhor se amolda a conduta do agente público (FREITAS, 2007, p. 57).

Em harmonia com o presente estudo, há de se ressaltar a existência de diversos instrumentos de proteção da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, reitere-se o que foi dito em fase introdutória, a saber, a legitimidade coletiva aqui investigada concerne à ação civil pública de improbidade administrativa; por conseguinte, se está a tratar de vertente específica da moralidade administrativa.

Uma vez perpassada essa introdução conceitual a respeito do direito à moralidade administrativa, insta, a seguir, analisar o seu regime jurídico pátrio, sob o viés constitucional e legal.

4.2 REGIME JURÍDICO DE TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: BASE CONSTITUCIONAL E TRATAMENTO LEGAL

Consoante sobredito, o presente tópico se mostra essencial à delimitação do âmbito do presente estudo. Nada obstante o foco seja precisamente a ação civil pública de improbidade administrativa, é imprescindível analisar o tratamento jurídico conferido à moralidade administrativa no Brasil.

Essa investigação não só pretende demonstrar a relevância dirigida a esse princípio e ao direito correspondente, como também objetiva expor a sistemática adotada para fins de sua tutela coletiva.

De início, insta esclarecer que o marco temporal adotado no presente trabalho, conforme demonstrado ao longo do mesmo, é a Constituição Federal de 1988. Assim, cabe analisar, em um primeiro momento, a forma pela qual o legislador constituinte tratou – no texto originário – e está a dispor continuamente, acerca da moralidade administrativa. Posteriormente, serão examinados os instrumentos jurídicos de proteção da moralidade coletiva, especificamente no que diz respeito à tutela coletiva.

Diferentemente de suas antecessoras, a Constituição Federal de 1988, já no seu texto originário, previu expressamente, no art. 37, *caput*¹⁰¹, a moralidade administrativa como um dos princípios expressos a regerem a atuação estatal. Inicialmente, o constituinte tenha se limitado a se referir aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade.

¹⁰¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL, 1988, art. 37).

Com a Emenda Constitucional nº 19/98, inseriu-se o princípio da eficiência.

Fábio Medina Osório (2013) salienta a importância do princípio da eficiência à própria dimensão do princípio da moralidade administrativa. Segundo aduz, o postulado se refere à produtividade e economicidade na atuação da Administração Pública, tanto em relação à coletividade como também internamente. O agente público, portanto, não só deve atuar em harmonia com as regras e princípios correlatos, como também deve buscar a consecução de resultados por intermédio do menor dispêndio material e humano da Administração Pública. Dessarte, o princípio da eficiência integra a noção já apresentada de juridicidade, de forma que sua vulneração pode vir a resultar em lesão à moralidade administrativa (OSÓRIO, 2013, p. 21).

Outrossim, a moralidade administrativa foi consagrada em outras partes do texto constitucional. Nesse sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017) destacam que, também, de forma pioneira, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXXIII¹⁰², inseriu, no âmbito de proteção da ação popular, a tutela da moralidade administrativa. Conforme lecionam, o texto constitucional vigente se diferenciou dos demais na medida em que expandiu o objeto da ação popular, em especial no que concerne à moralidade administrativa. Representa, por conseguinte, mais um elemento indicativo da relevância constitucional conferida ao princípio jurídico em apreço (GARCIA; ALVES, 2017, p. 145). Como se verá, embora tenha natureza de ação coletiva, a ação popular se diferencia, excepcionalmente, da sistemática ordinária de processo coletivo. Em acréscimo, o professor José Afonso da Silva (2007, p. 115) situa o dever de decoro parlamentar¹⁰³ e o dever de probidade do Presidente da República¹⁰⁴.

De outro lado, há de se destacar que a doutrina administrativista, por regra, concebe a existência de princípios implícitos que também devem reger as funções estatais. Nesse rol de princípios implícitos, se encontra o princípio da supremacia do interesse público. Afora a divergência explanada anteriormente, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010)

¹⁰² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (BRASIL, 1988, art. 5º).

¹⁰³ Perderá o mandato o Deputado ou Senador: II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; §1º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membros do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

¹⁰⁴ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V – a probidade da administração” (BRASIL, 1988, art. 85).

assevera que a aplicação do referido princípio, decorre de um juízo de ponderação por parte do intérprete. Sob a égide do postulado da razoabilidade, cabe a este analisar se a conduta do administrador é adequada, necessária e proporcional à concretização do interesse público. Conclui a autora que o princípio da moralidade administrativa integra o alicerce central dessa sistemática, visto que o juízo de ponderação apenas será legítimo caso o agente público se guie pelo dever de probidade (DI PIETRO, 2010, p. 91).

Dessarte, a moralidade administrativa incide como um norte a ser seguido pelo administrador, de modo a buscar não só de forma objetiva a efetivação do interesse público, como também subjetivamente. O dever de probidade demanda o *animus* ininterrupto em prol de observar todo o arcabouço normativo que subsidia as funções estatais. Como sobredito, embora haja certa proximidade de significados, a aferição da moralidade administrativa é mais rigorosa se comparada àquela socialmente concebida. Isso se deve ao caráter instrumental do Poder Público, ou seja, o seu desiderato de concretização dos direitos fundamentais¹⁰⁵.

Aspecto que denota a importância conferida pelo legislador constituinte à moralidade administrativa reside na imprescritibilidade da pretensão ressarcitória em face de atos lesivos ao erário, consoante o art. 37, §5º¹⁰⁶. Essa norma se reveste de eficácia plena, de modo que a pretensão sancionatória em relação a agentes públicos ímprobos pode, eventualmente, perecer diante do advento da prescrição, a restar incólume, contudo, aquela atinente à compensação pecuniária em favor do Poder Público¹⁰⁷.

A importância designada à moralidade administrativa também se explicita, ainda, na previsão contida nos artigos 15, inciso V¹⁰⁸ e 37, §4º¹⁰⁹, da Constituição Federal. Em consonância com a percepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 105), o rigor constitucional ao qual se submete a violação do dever de probidade revela o grau de importância conferido à moralidade administrativa. Na ótica de Juarez Freitas (2007), trata-se,

¹⁰⁵ Não por acaso, os Tribunais Superiores, se mostram austeros na responsabilização de agentes públicos que venham a cometer atos que configurem violação ao dever de probidade. Emblemático exemplo disso foi a decidida inaplicabilidade, em decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, do princípio da insignificância a policial militar que teria furtado caixa de bombons durante o exercício de sua função (BRASIL, STJ, 2011)

¹⁰⁶ “§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL, 1988, art. 5º).

¹⁰⁷ Cumpre acrescentar que, em entendimento sumular recente de número 599, o Superior Tribunal de Justiça consignou ser inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública. Conquanto se refira à seara penal, paralela à cível, a mencionada súmula explicita a forma singular através da qual se examina atos lesivos ao Estado.

¹⁰⁸ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º” (BRASIL, 1988, art. 15).

¹⁰⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL, 1988, art. 37).

por conseguinte, de mandado constitucional de regulação. Em outras palavras, conquanto se refira a norma constitucional de eficácia limitada, porquanto dependa de subsídio infraconstitucional, configura verdadeira determinação no sentido de regulação específica dos casos de improbidade administrativa. Destarte, não poderia o legislador, no texto da Lei 8.429/92, retirar do rol de sanções a suspensão dos direitos políticos, a perda da função e o ressarcimento integral em favor do erário (FREITAS, 2007, p. 107).

Na mesma linha trilhada pela Constituição Federal, há legislações infraconstitucionais regulatórias dos instrumentos de proteção da moralidade administrativa, em especial aquelas inerentes à sua tutela coletiva. Além da sobredita lei de improbidade, cabe se referir às leis nº 4.717/65 e nº 7.347/85 (BRASIL, 1965; 1985), que dizem respeito, respectivamente, à ação popular e à ação civil pública. Conquanto antecedam o texto constitucional de 1988, sofreram mudanças significativas com a promulgação deste. Como se verá, em relação à lei da ação popular a mudança resultou de novas construções jurisprudenciais, enquanto no caso da ação civil pública se observou alterações legislativas.

Em seguimento, cumpre analisar cada um desses instrumentos de proteção da moralidade administrativa, a se preconizar a ação civil pública relativa à responsabilização por atos de improbidade administrativa.

4.3 OS INSTRUMENTOS DE TUTELA COLETIVA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O foco do presente estudo é, precisamente, a investigação da possibilidade de se conferir legitimidade *ad causam* à Defensoria Pública, para promover a tutela coletiva da moralidade administrativa. Embora exista uma pluralidade de meios de concretizar a referida tutela, o âmago desse trabalho se refere à ação civil pública necessária para a responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Por outro lado, no contexto desse trabalho, o exame acerca dos demais instrumentos de tutela coletiva da moralidade administrativa se faz relevante em face, sobretudo, de dois aspectos. O primeiro se refere à ligação intrínseca entre o acesso à justiça democrático e cada um desses acessórios de salvaguarda da moralidade administrativa. Tanto do ponto de vista legal quanto jurisprudencial, a interpretação conferida ao manejo da ação popular e da ação civil pública tem sido guiada pela consubstanciação do direito ao acesso à justiça.

O segundo aspecto se liga ao chamado microssistema de processo coletivo. Não se trata de elemento desvinculado ao acesso à justiça. Pelo contrário, sua interpretação também

tem sido norteadas por aquele princípio e pelo correspondente direito. Assim, esses elementos integram parte importante do alicerce teórico que deve anteceder, logicamente, o quarto e último capítulo, no qual será confrontado com as hipóteses e objeções correlatas.

4.3.1 A ação popular e o pioneirismo do texto constitucional de 1988

A compreensão da exata importância conferida, constitucionalmente, à ação popular demanda uma sintética análise de sua construção histórica. No que concerne aos textos constitucionais pretéritos, a ação popular, conforme lição de José Afonso da Silva (2007, p. 19), restou disposta, inicialmente, na Constituição de 1824, especificamente no seu art. 157¹¹⁰. O autor ressalva a existência de vozes contrárias ao referido nascedouro constitucional da ação popular. Contudo, destaca o entendimento amplamente majoritário no sentido de que se trata da gênese da dita ação, vez que o dispositivo legal possibilita a judicialização de demanda, no prazo anual, com escopo de responsabilizar agente estatal que tenha praticado condutas vulneradoras da moralidade administrativa (SILVA, 2007, p. 39).

Gilmar Mendes, Paulo Gonet Branco e Inocência Mártires Coelho salientam a utilização, no citado artigo de lei, da expressão ação popular, a qual deveria ser manejada especificamente contra magistrados que viessem praticar atos de violação funcional (MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 256). Em seguimento, após oscilações nas previsões constitucionais a seu respeito, a ação popular ressurgiu na Constituição de 1934, em seu art. 113, inciso 38¹¹¹. José Afonso da Silva enaltece a forma pela qual a ação popular esteve prevista naquela Constituição, vez que ampliou seu objeto para além de questões ligadas a fraudes na seara judicial. Inobstante a falta de utilização do termo ação popular, a interpretação conferida ao disposto na Constituição era no sentido de que, de fato, se estava a viabilizar o controle social do Estado.

Contudo, foi na Constituição de 1988 que a ação popular foi delineada de forma mais abrangente e vinculada à moralidade administrativa. Em seu art. 5º, inciso LXXIII¹¹²,

¹¹⁰ “Art. 157: Por suborno, peita, peculato e concussão haverá contra eles a ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecido na lei” (BRASIL, 1824, art. 157).

¹¹¹ “Art. 113: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (BRASIL, 1934, art. 113).

¹¹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à

legitimou-se todo e qualquer cidadão ao ajuizamento de ação popular com o escopo, também, de promover a tutela coletiva da moralidade administrativa. O professor Carlos Augusto Alcântara Machado (2003) destaca a ação popular, no texto constitucional de 1988, como instrumento de concretização da democracia. Portanto, a ação popular consubstancia a ampliação da participação democrática na sociedade na atuação estatal, de modo que a sua causa de pedir restou redimensionada.

Em referência ao que foi afirmado no primeiro capítulo, não se trata apenas de efetivação da democracia em seu viés formal. Em outras palavras, a ação popular não se limita ao propósito de reivindicar o cumprimento de programa político apresentado no curso das eleições. Trata-se, sobretudo, de instrumento de realização do elemento material ou substancial da democracia. Retomando-se conceitos habermasianos, conforme leciona Isabel Salema Morgado (2004), a democracia substancial se liga à concretização dos direitos fundamentais por meio de um espaço público comunicativo. Nessa quadra discursiva, aos titulares dos direitos fundamentais é ofertado meio de participar argumentativamente do direcionamento do Estado. A partir da teoria comunicativa habermasiana, a autora esclarece que a participação nesse espaço comunicativo pode ocorrer por diversas formas, por regra constitucionalmente estipulada, ou seja, não apenas através da atuação direta dos sujeitos de direito (MORGADO, 2004, p. 115).

Nessa perspectiva, insta reiterar o conceito de acesso à justiça democrático, segundo o qual ao indivíduo devem ser disponibilizados meios de participação direta na atuação do Poder Público. Dessarte, a ação popular corporifica essa participação social direta, com o objetivo de proteger elementos imprescindíveis ao agir legítimo do Estado, a exemplo da moralidade e patrimônio públicos. José Afonso da Silva (ano) reafirma a amplitude do objeto da ação popular, sobretudo por meio de uma interpretação ampla. Assim, por exemplo, a noção de patrimônio público engloba não só o patrimônio material como o imaterial também¹¹³.

moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (BRASIL, 1988, art. 5º).

¹¹³ Essa interpretação ampliativa é fortalecida pelo extenso rol de nulidades de atos administrativos apresentado pelo legislador na Lei nº 4.717/65. Quanto a ampliação semântica da expressão patrimônio público, cite-se o art. 1º, §1º, da Lei da Ação Popular: “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. § 1º Consideram-se patrimônio público, para os fins

De outro lado, há de preconizar a sua natureza de ação coletiva. Consoante afirma o professor Rodolfo de Camargo Mancuso (2015), a ação popular configura ação coletiva cujo desiderato é promover a tutela de interesses essencialmente difusos. Como sobredito, dentre eles, se encontra a moralidade administrativa, o qual, reitera-se, é direito metaindividual difuso. Por outro lado, seu aspecto distintivo reside em sua legitimidade ativa, vez que o texto constitucional é expreso ao conferi-la somente ao cidadão, ou seja, aquele dotado de capacidade eleitoral ativa, isto é, pode exercer o direito ao sufrágio através do voto (MANCUSO, 2015, p. 44).

Desse modo, diferentemente das outras ações coletivas, cuja norma geral regente é a Lei da Ação Civil Pública, a ação popular não apresenta um rol de legitimados previstos legalmente. Sua representatividade adequada não é estipulada infraconstitucionalmente, mas na própria Constituição Federal. Todavia, há certo dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica da legitimidade *ad causam* na ação popular. Para parte da doutrina, a exemplo do professor Gregório Assagra de Almeida (2007), se está diante de uma legitimidade extraordinária conferida constitucionalmente ao cidadão. Para o autor, não estaria o cidadão postulando judicialmente a salvaguarda de direito próprio, mas de toda a coletividade. Como reforço argumentativo, menciona o art. 18, da Lei 4.717/65¹¹⁴, segundo o qual a extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada coletiva será *erga omnes*. Dito de outro modo, a atuação de um ou alguns cidadãos poderá afetar positivamente toda a comunidade a qual integram (ALMEIDA, 2007, p. 340).

Por sua vez, Rodolfo de Camargo Mancuso (2015) denota a titularidade, também por parte do cidadão autor da ação popular, do direito coletivo objeto da demanda coletiva. Assim, por também ser titular do direito metaindividual, o cidadão teria legitimidade ordinária, porquanto estaria a tutelar direito próprio a uma Administração Pública íntegra em juízo. O professor, ao interpretar o precitado dispositivo legal, ressalta a circunstância de o autor da ação popular também estar submetido diretamente aos efeitos da coisa julgada coletiva (MANCUSO, 2015, p. 177).

Embora remanesça a referida celeuma, adota-se, nesse estudo, a visão de que o cidadão é, de fato, um legitimado ordinário *sui generis*. Isso porque está a tutelar o plexo de direitos transindividuais que se busca tutorar mediante a ação popular. A circunstância de o

referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico” (BRASIL, 1965, art 1º).

¹¹⁴ “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (BRASIL, 1965, art. 18).

cidadão estar, também, promovendo direito alheio não se mostra suficiente a qualificá-lo como legitimado extraordinário¹¹⁵. Afinal, no ordenamento processual pátrio, a sistemática de legitimação extraordinária ou substituição processual resulta em elenco legislativo de entes aos quais é conferida. Assim, por exemplo, não se diz que o Ministério Público ou a Defensoria Pública estaria a tutelar direito próprio e alheio por meio de ações coletivas¹¹⁶.

Acerca da temática, o professor Carlos Augusto Alcântara Machado (2003) assevera que o autor popular age na condição de membro da comunidade a que pertence, ou seja, *pro populo*. Lado outro, note-se que a ação popular passou por regulação infraconstitucional antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, através da Lei nº 4.717/65. Entretanto, cumpre ressaltar a existência do denominado microssistema legislativo de processo coletivo. A se tratar de tema aprofundado em tópico subsequente, esse microssistema decorre da inexistência, no Brasil, de um Código de Processo Coletivo. Por construção doutrinária e pretoriana, portanto, chegou-se a noção de que a tutela coletiva é regida por um conjunto de leis, a serem interpretadas sistematicamente.

Exemplo do precitado microssistema processual incide em questões relativas à legitimidade *ad causam* das ações coletivas. Em regra, em face do princípio da primazia do exame de mérito¹¹⁷, evita-se, ao máximo, a prolação de sentenças terminativas. Assim, em hipótese de ajuizamento de ação civil pública antes do acréscimo do art. 5º, §3º na Lei nº 7.347/85¹¹⁸, pelo Código de Defesa do Consumidor, tente-se que a desistência ou abandono por parte do autor deveria culminar na assunção do polo ativo por algum dos colegitimados. A

¹¹⁵ O professor Rodrigo Mazzei ressalta, nessa linha de raciocínio, que qualquer cidadão pode vir a integrar a demanda popular, seja na qualidade de litisconsorte, assim como na condição de assistente litisconsorcial, nos moldes do art. 6, §5º, da Lei nº 4.717/65.

¹¹⁶ Não se está a descurar do entendimento adotado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 455) segundo o qual, nas ações coletivas, o legislador teria conferido uma espécie de legitimação autônoma à condução do processo. Todavia, mesmo nessa hipótese, não se cogita de uma titularidade compartilhada do direito material metaindividual. Isso porque o representante do ente legitimado não age na qualidade de indivíduo e sim de representante daquele, bem como, no caso de órgãos constitucionais como a Defensoria Pública e o Ministério Público, trata-se de atuação pertinente às respectivas funções institucionais.

¹¹⁷ Antônio Gidi (2007) esclarece que o princípio da primazia do exame meritório é consagrado tanto no âmbito da tutela de direitos individuais como, também, dos direitos metaindividuais. Sua razão de existência é, de forma objetiva, a busca da solução efetiva do conflito por meio da decisão de mérito. No contexto das ações coletivas, o referido postulado principiológico ganha relevo na medida em que se referem a danos cuja capacidade lesiva é acentuada, a se irradiar, potencialmente, por uma infinidade de esferas jurídicas individuais (GIDI, 2007, p. 29). Com efeito, no processo coletivo, a relevância social é ínsita por regra, o que demanda evitar decisões judiciais terminativas. Como exemplo, cite-se caso recentemente julgado pelo STJ em que o Tribunal reputou cabível o aditamento da petição inicial embora já contestado pedido pelo réu: BRASIL, 2017a.

¹¹⁸ “Art. 5º-Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). (...) § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)” (BRASIL, 1985, art. 5º).

base normativa, antes do acréscimo legislativo, seria o art. 9º da Lei nº 4.717/65¹¹⁹, isto é, utiliza-se dispositivo contido na Lei da Ação Popular no âmbito do processamento de ações civis públicas¹²⁰.

Assim, conquanto a legitimidade coletiva ativa para fins populares seja exclusiva do cidadão, eventualmente, admitir-se-á o seu prosseguimento mediante a presença de algum dos colegitimados previstos no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Consoante afirma Rodolfo de Camargo Mancuso (2015, p. 115), trata-se de mais um caso de aplicação do microssistema legislativo de processo coletivo, na medida em que, inobstante ausência de previsão legal na Lei da Ação Popular, utiliza-se o rol de legitimados disposto na Lei nº 7.347/85.

Em suma, a ação popular tem natureza coletiva porquanto vocacionada, constitucionalmente, à tutela de direitos difusos ligados à atuação legítima do Estado. Representa mecanismo de democracia participativa, por meio do qual o cidadão pode promover, em nome próprio e da comunidade, a consubstanciar o denominado *accountability* vertical, termo preconizado por Guillermo O'Donnell (1999). Refere-se à possibilidade de o cidadão, ou seja, pessoal externa à senda estatal, promover a sua fiscalização e, dessarte, participar das escolhas estatais. Segundo o autor a existência de mecanismos de participação, além do direito ao voto em processos eleitorais, é intrínseca à própria natureza democrática do Estado.

No que concerne à atuação da Defensoria Pública, conforme será exposto no último capítulo, há duas situações elementares para sua ocorrência. A primeira diz respeito ao que foi dito acerca da primazia do exame de mérito em ações coletivas. Dessarte, por ocasião da desistência ou abandono autorais, pode o Órgão Defensorial ingressar e prosseguir no polo ativo da demanda popular. Lado outro, na circunstância de o cidadão ou grupos de cidadãos que almejem o ajuizamento de ação popular seja hipossuficientes econômicos, poderá a Defensoria Pública atuar com o objetivo de suprimento do pressuposto processual de validade atinente à capacidade postulatória. Conquanto tenha legitimidade *ad causam*, ao cidadão falta a capacidade postulatória, salvo se constituir advogado regularmente habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, hipótese em que poderá advogar em causa própria.

Com efeito, nesse contexto, a Defensoria Pública não será autora da ação popular, mas sim representante processual de um autor popular. Tecnicamente, portanto, não estará o órgão

¹¹⁹ “Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação” (BRASIL, 1965, art. 9º).

¹²⁰ Esse, inclusive, tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme BRASIL, 2010.

a promover a tutela coletiva da moralidade administrativa, mas a atuar ordinariamente como representante em juízo. Assim, em consonância com o que será aprofundado, na ação popular, não se está adiante de legitimação coletiva defensorial, mas sim de preenchimento da capacidade postulatória.

Perpassada a análise geral da ação popular, cabe agora investigar a ação civil pública, em especial aquela designada à tutela da probidade administrativa.

4.3.2 A tutela coletiva da moralidade administrativa por meio de ação civil pública

Preliminarmente, insta esclarecer que há certa celeuma doutrinária acerca do manejo de ação civil pública para fins de tutela da moralidade administrativa. Embora majoritariamente se conceba a ação de improbidade como ação civil pública, há entendimento pela respectiva diferenciação. Hugo Nigro Mazzilli (2011) se filia ao posicionamento que enxerga na ação de improbidade administrativa instrumento específico a que se aplica a Lei nº 8.429/92. A seu turno, as ações civis públicas seriam regidas preponderantemente pela Lei nº 7.347/85, a configurar espécie distinta (MAZZILLI, 2011, p. 222).

Em outro viés, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017) afirmam que a Lei de Improbidade Administrativa se insere no microssistema legislativo de tutela coletiva. Destarte, a ação de improbidade, por buscar a tutela do dever de probidade administrativa, a que corresponde aos direitos difusos, é, de fato, uma ação civil pública. A Lei 7.347/85 nada mais faz do que estabelecer os parâmetros gerais da técnica processual peculiar a ser empregada no processo coletivo (GARCIA; ALVES, 2017, p. 924).

Esse ponto de vista, por conseguinte, foca-se na natureza do direito tutelado, ou seja, aquele relativo à moralidade administrativa. Por se tratar de direito transindividual, se insere na sistemática de tutela coletiva, a invocar aplicação, caso haja compatibilidade, dos diplomas legislativos correlatos, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular e do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, independentemente, da nomenclatura utilizada para designar a ação coletiva intentada, a se referir à tutela coletiva, se estará diante de ação civil pública, a se ressaltar o que foi dito a respeito da ação popular.

O dissenso, basicamente, resulta da concepção segundo a qual a Lei de Improbidade Administrativa seria plenamente suficiente para fins de processamento da respectiva ação. Exemplo disso, ressalta o professor Fábio Medina Osório, é o argumento segundo o qual o art.

3º da Lei nº 7.347/85¹²¹ representaria empecilho ao ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa, vez que somente se poderia veicular pretensão condenatória em pecúnia ou relativas à prestação jurisdicional de cunho mandamental.

Por outro lado, como se verá, a Lei de Improbidade não deixa de integrar o microssistema legislativo de tutela coletiva. Para que se possa processar e julgar adequadamente a demanda de improbidade, é imprescindível a incidência subsidiária dos diplomas legais correlatos. Há de se destacar, ainda, que esse é o posicionamento a que se têm filiado os Tribunais Superiores¹²².

Assim, a se considerar que o foco do presente estudo é a ação civil pública de improbidade, cumpre examiná-la detidamente nos próximos subtópicos.

4.4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE

Uma vez adotado o entendimento de que a ação de improbidade administrativa se reveste de natureza coletiva, cabe analisá-la de forma detida. Por se inserir em trabalho cujo objeto de estudo cinge-se à legitimidade coletiva defensorial para o seu ajuizamento, serão examinados aspectos específicos dessa espécie de ação civil pública.

Com efeito, se buscará unir os conceitos de microssistema legislativo de processo coletivo com o de acesso à justiça democrático, à luz de tudo o quanto já foi explanado. Não se limitará a se apresentar elementos técnicos, ou seja, doutrinários, jurisprudenciais e legais acerca da referida ação. O intento, nesse tópico, é construir interpretação sistemática e telológica sobre os parâmetros caracterizadores da ação de improbidade.

4.4.1 A ação civil pública de improbidade e o microssistema legislativo de processo coletivo

O instituto do microssistema legislativo de processo coletivo foi verticalizado no segundo capítulo, de modo que, nesse momento, cumpre relacioná-lo à ação civil pública de improbidade administrativa.

¹²¹ “Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (BRASIL, 1985, art. 3º).

¹²² Os Tribunais Superiores têm aplicado os dispositivos da Lei nº 8.429/92 de forma similar àquela adotada em relação à Lei nº 7.347/85. Assim, o processamento da ação civil por ato de improbidade resulta na interpretação sistemática da legislação integrante do microssistema de tutela coletiva. Ver BRASIL, 2011.

Em consonância com o que aduz Rodrigo de Camargo Mancuso, o microssistema de processo coletivo não se limita a viabilizar a tutela eficiente dos direitos transindividuais, mas, também, deve ser compreendido como instrumento que serve ao acesso à justiça. Não se trata, por consectário, de suprir eventuais lacunas normativas, mas de empreender o diálogo das fontes¹²³ sob a ótica da efetivação do direito ao acesso à justiça (MANCUSO, 2015, p. 177). Dessa forma, a inserção da ação de improbidade administrativa na dinâmica microssistêmica não se restringe a compor eventuais omissões legislativas, mas de efetivar a própria tutela da moralidade administrativa, sob a ótica, reitere-se, do acesso à justiça democrático.

A Lei nº 8.429/92, em expediente aquém ao adotado em outras legislações integrantes do microssistema, esclarece a possibilidade de diálogo normativo. Em seu art. 17, §3¹²⁴, a chamada Lei de Improbidade Administrativa estatui a possibilidade de aplicação, no rito da respectiva ação civil pública, do art. 6º, §3º¹²⁵ da Lei da Ação Popular. Assim, na hipótese de ação de improbidade ajuizada pelo Ministério Público, a pessoa jurídica de direito público poderá integrar o polo ativo processual, a migrar do polo passivo.

Segundo Rodrigo Mazzei (2007), trata-se da denominada intervenção móvel, cujo alicerce reside justamente na tutela eficiente do interesse público. Com o escopo de priorizar o interesse público, os Tribunais Superiores têm se posicionado no sentido de que a intervenção móvel poderá ocorrer em qualquer momento processual, a não se submeter ao fenômeno da preclusão¹²⁶.

¹²³ Antônio Gidi (2008) explica que, na tutela coletiva, o diálogo das fontes não serve ao propósito estrito de suprimir eventuais lacunas normativas. De fato, o intérprete pode utilizá-lo, em casos específicos, para essa finalidade, mas esse não é o seu escopo principal. Em verdade, o diálogo das fontes, dentro da ótica microssistêmica, instrumentaliza a constatação de que as legislações integrantes do microssistema devem ser interpretadas, desde o início, conjuntamente (GIDI, 2008, p. 49). Embora não haja um código de processo coletivo propriamente dito, as legislações insertas no microssistema devem ser interpretadas e aplicadas tal como se constituíssem uma codificação. Isso porque a conjunção legislativa dotada de coerência e compatibilidade permite tutela mais eficiente dos direitos transindividuais.

¹²⁴ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (...) § 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996).” (BRASIL, 1992, art. 17).

¹²⁵ “Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. (...) § 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente” (BRASIL, 1965, art. 17).

¹²⁶ Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: (...) “2. O deslocamento de pessoa jurídica de Direito Público do polo passivo para o ativo na Ação Popular é possível, desde que útil ao interesse público, a juízo do representante legal ou do dirigente, nos moldes do art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965. 3. Não há falar em preclusão do direito, pois, além de a mencionada lei não trazer limitação quanto ao momento em que deve ser realizada a migração, o seu art. 17 preceitua que a entidade pode, ainda que tenha contestado a ação, proceder à execução da sentença na parte que lhe caiba, ficando evidente a viabilidade de composição do polo ativo a qualquer tempo. Precedentes do STJ” (BRASIL, 2008)

Contudo, nada obstante se referir a previsão legal expressa, não constitui a única hipótese em que se admite o diálogo normativo no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 929) reputam viável o diálogo completo, desde que harmonicamente, entre o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública e a Lei da Ação popular. Afirmam que, nesse caso, de estaria diante de um microssistema processual de tutela coletiva do interesse público.

Não haveria motivo para, em relação a outros direitos metaindividuais, aceitar-se a incidência do microssistema em apreço e, no que concerne à tutela da moralidade administrativa, rejeitá-lo. O direito à moralidade administrativa, conforme sobredito, representa direito metaindividual singular, haja vista a concepção substancial de Estado preconizar seu papel de concretizador de direitos fundamentais.

A concretização de direitos fundamentais pelo Estado deve se alicerçar na indivisibilidade desses direitos, de modo que, repita-se, a segmentação dos mesmos com base no objeto prestacional ou negativo ou em dimensões, não se reflete na realidade fática. Em outras palavras, todo direito fundamental, em alguma medida, necessita de medidas estatais, sejam elas diretas ou indiretas. Nessa perspectiva, emerge a moralidade administrativa, assim como o dever de probidade correspondentes, como elementos imprescindíveis à efetivação estatal dos direitos fundamentais.

A vulneração do dever de probidade, por evidência, põe em risco toda a finalidade estatal. Não se trata de uma visão maniqueísta ou hiperbólica, mas de um juízo de fato, segundo o qual se constata que uma Administração Pública proba é condição inafastável ao desiderato primordial do ente estatal. Consoante afirma Fábio Medina Osório (2013, p. 101), tanto escolhas de ordem técnica como de natureza política devem manter a observância do dever de probidade. Dessarte, recapitule-se o que foi explanado sobre o parâmetro subjetivo preconizado pela moralidade administrativa. O objetivo não é simplesmente analisar a subsunção legal da conduta do administrador, mas, a todo momento, examinar o seu *animus* ante o interesse público.

Por conseguinte, em uma concepção material ou substancial de Estado, reduzir a proteção da moralidade administrativa significa, também, colocar sob risco de lesão todo o catálogo de direitos fundamentais. Outrossim, retirar o processamento e julgamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa do microssistema legislativo de processo coletivo destoa do próprio desiderato da Constituição Federal, qual seja, o de proteção da moralidade administrativa. Não só apenas sob a ótica da máxima efetividade dos direitos fundamentais esse entendimento restritivo não se sustenta, como também em face do acesso à

justiça democrático.

Ao se conferir aos indivíduos meios de submeter a Administração Pública à sindicalização social, requer-se regulação eficiente dos mesmos. Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça tem, continuamente, promovido diálogo normativo entre os diplomas legais referentes à ação popular e à ação civil pública. Exemplo recente diz respeito à aplicação subsidiária do reexame necessário às sentenças que julguem improcedente pedido veiculado na ação de improbidade, mediante aplicação analógica da Lei. nº 4.717/65¹²⁷. Vale ressaltar que, em decisão recente, o STJ consignou o entendimento de que o reexame necessário não seria aplicável às ações civis públicas cujo objeto se refira aos direitos individuais homogêneos, visto que, por decorre de aplicação microssistêmica da legislação inerente à ação popular, somente por ser exigido em direito que poderiam ser tutelados por esta ação constitucional, ou seja, difusos e coletivos em sentido estrito¹²⁸.

Demais disso, a jurisprudência também tem promovido leitura ampliativa da imprescritibilidade constitucional¹²⁹ da pretensão reparatória ante atos lesivos ao patrimônio público. Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça reputa cabível o ajuizamento de ação civil pública a veicular pretensão reparatória em face de atos de improbidade administrativa. Nessa hipótese, aplica-se o art. 13 da Lei nº 7.347/85¹³⁰, de forma que os recursos obtidos a partir de provimento jurisdicional condenatório sejam direcionados a fundo específico¹³¹.

Portanto, o acesso à justiça democrático, no âmbito da ação civil por ato de improbidade administrativa, requer a contextualização normativa, a fim de que a tutela à moralidade administrativa tenha lugar de modo apropriado. Aplica-se, dessarte, as disposições processuais coletivas presentes nas demais legislações que integram o microssistema, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública, no que for compatível.

¹²⁷ No mais, por “aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (BRASIL, 2009)

¹²⁸ Ressalte-se que, ainda com base nesse entendimento, o STJ reforçou a ideia de que os direitos individuais homogêneos não são, em essência, direitos coletivos. Nesse sentido, cf. BRASIL, 2017c.

¹²⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (...) § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL, 1988, art. 37).

¹³⁰ “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010)” (BRASIL, 1985, art. 13).

¹³¹ Cf. BRASIL, 2007.

Não está a descurar da compatibilidade como pressuposto da aplicação dialógica, sobretudo porque a Lei nº 8.429/92 regula de forma peculiar a ação civil em exame. Por conjectura, conquanto o art. 84, §3º¹³², do Código de Defesa do Consumidor, se refira à necessidade de se demonstrar o risco de ineficácia da prestação jurisdicional como requisito à concessão de medidas cautelares, sua aplicação direta às ações de improbidade poderia culminar em resultados negativos. Assim, a indisponibilidade de bens, estatuída, no art. 7º, *caput*¹³³, da Lei de Improbidade Administrativa, demanda interpretação específica.

Conforme lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 1.005), requerer comprovação de dilapidação patrimonial por parte do suposto agente público ímprobo retiraria a eficácia da medida. Isso porque, em regra, o administrador beneficiado indevidamente tende escamotear os ganhos ilícitos. De forma similar, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, a entender que o *periculum in mora* estaria presumido no *caput* do art. 7ª da Lei de Improbidade Administrativa. Trata-se de expediente que entroniza a efetividade do processo por intermédio de interpretação diferenciada do referido dispositivo legal, a destoar episódica e justificadamente do que se apresenta no microssistema processual.

Portanto, desde que harmonicamente, à ação de improbidade devem ser aplicadas as demais normas componentes do microssistema processual coletivo, não só aquelas referentes aos aspectos processuais, como também as que se ligam ao regime jurídico de atribuições institucionais dos respectivos legitimados. Assim, conforme será examinado posteriormente, o rol de legitimados presentes na Lei 7.347/85 se mostra plenamente aplicável no que diz respeito à legitimidade coletiva da Defensoria Pública.

4.4.2 Aspectos procedimentais

No presente tópico, não se buscará análise pormenorizada de todos os elementos procedimentais aos quais se submete juridicamente o processamento da ação civil pública por ato de improbidade. Isso significaria afastamento do objeto de pesquisa proposto, sobretudo porque se refere a aspecto procedimental específico, qual seja, a legitimidade *ad causam*

¹³² “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu” (BRASIL, 1990, art. 84).

¹³³ “Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito” (BRASIL, 1992, art. 7º).

coletiva.

Por outro lado, faz parte do substrato teórico necessário ao capítulo final a análise de aspectos procedimentais específicos, não só para uma compreensão melhor da temática, mas para ressaltar aqueles pontos que irão compor as hipóteses formuladas na parte conclusiva desse trabalho.

4.4.3 O inquérito civil

Conforme definição de Hugo Nigro Mazzilli (2016, p. 22), o Inquérito Civil é procedimento administrativo de natureza investigativa, cujo desiderato cinge-se à reunião de elementos informativos e documentos que possam vir a subsidiar eventual ação coletiva.

A importância do inquérito civil fica clara ao se constatar sua previsão constitucional no art. 129, inciso III¹³⁴, segundo o qual é função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil com o objetivo de salvaguardar, dentre outros bens jurídicos, o patrimônio público. A respeito dessa norma constitucional, Fabio Media Osório (2013, p. 129) afirma que sua interpretação deve ser ampliativa, a fim de incluir na noção de patrimônio público a moralidade administrativa. Há de se frisar a previsão do inquérito civil tanto na Lei Orgânica do Ministério Público, qual seja, a Lei nº 8.625/93¹³⁵ e na Lei Complementar nº 75/93¹³⁶.

Ao expor escorço histórico, Hugo Nigro Mazzilli (2015, p. 88) ressalta a origem paulista do instituto, ou seja, o inquérito civil teia sido pioneiramente manejado no Ministério Público do Estado de São Paulo. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017) salientam a finalidade investigativa do inquérito civil, de modo que este serviria ao propósito de conferir suporte probatório mínimo às ações civis públicas. Conquanto o inquérito civil tenha sido idealizado no âmbito da ação civil pública segundo a Lei nº 7.347/85¹³⁷, é de utilização

¹³⁴ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988, art. 129).

¹³⁵ “Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...) IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei” (BRASIL, 1993b, art. 25).

¹³⁶ “Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: (...) VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para (...)” (BRASIL, 1993a, art. 6º).

¹³⁷ “Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em

oportuna na ação de improbidade administrativa, inobstante a ausência de previsão legal expressa (2017, p. 826).

Assim, o que se busca por meio do inquérito civil, semelhante ao que ocorre na seara penal, é evitar prematuramente o julgamento do mérito de ações coletivas como decorrência da exiguidade de elementos informativos. Embora não se repute juridicamente provas, esses elementos, bem como a se considerar a coisa julgada coletiva *secundum eventum probationis*¹³⁸, a investigação extrajudicial tem relevância singular. Ela representa ponto de partida em que se pode estabelecer parâmetros eficientes a nortear a instrução processual da ação coletiva correlata.

No que tange à Lei 8.429/92, em seu art. 17, §6¹³⁹, denota-se a imprescindibilidade de documentos ou justificação indiciários de violações ao dever de probidade administrativa. Demais disso, há menção à figura inquisitorial em seu art. 22¹⁴⁰, no sentido de que o Ministério Público, de ofício ou a requerimento, poderá requisitar a abertura de procedimento investigativo por parte de autoridade administrativa. Todavia, a partir de interpretação sistemática, especialmente com base no microssistema de tutela coletiva, deve ser utilizado o disposto no art. 17, §6¹⁴¹, da Lei da Ação Civil Pública, como porta de entrada à previsão constitucional do inquérito civil.

Com efeito, não haveria razão plausível em se negar ao Ministério Público, legitimado exclusivo para fins de instauração de inquérito civil, a possibilidade de manejá-lo justamente

que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los” (BRASIL, 1985, art. 8º).

¹³⁸ Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 289), especificamente em relação à ação de improbidade não se concebe a coisa julgada *secundum eventum probationis*, vez que, por se tratar de Direito Sancionatório, cuja interpretação deve ser restrita, não seria coerente possibilitar nova ação de improbidade em face de acervo probatório exíguo. Trata-se de conclusão, inclusive, resultante de previsão expressa da lei de Improbidade, em especial no seu art. 17, §6º. A referida norma expõe a imperiosidade de elementos informativos razoáveis para o manejo de ação civil de improbidade, de forma que a carência probatória deve conduzir, em regra, a decisão judicial de improcedência do pedido. Assim, o acusado estará protegido pela coisa julgada material, o que significa que esse instituto, no processo por ato de improbidade incidirá *pro et contra*, ou seja, tal como no processo civil tradicional.

¹³⁹ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (...) §6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)” (BRASIL, 1992, art. 17).

¹⁴⁰ “Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo” (BRASIL, 1992, art. 22).

¹⁴¹ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. §6º-A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)” (BRASIL, 1985, art. 17).

na seara da improbidade administrativa. Isso significaria redução substancial na possibilidade de apuração de atos de improbidade, o que resultaria em diminuição da eficácia de instrumento intrínseco à tutela da moralidade administrativa.

Não se pode esquecer que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593727/MG, firmou entendimento que conferiu ao Órgão Ministerial poder investigativo próprio na seara criminal. Aplicou-se a teoria dos poderes implícitos, consoante a qual, na visão de Carlos Maximiliano, constitui decorrência da interpretação teleológica do texto constitucional. Dessarte, ao se deparar com as funções institucionais veiculadas no texto da Constituição Federal, deve o intérprete buscar nesta os meios aptos a alcançá-las (MAXIMILIANO, 1999, p. 248)¹⁴². Assim, Paulo Rangel (2013) conclui que, com base na titularidade privativa da ação penal pública designada ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, daí irradiaria garantia constitucional no sentido de investigações criminais empreendidas diretamente pela instituição.

Por conseguinte, não se mostra coerente ampliar o rol de funções institucionais do Órgão Ministerial, a inserir a atribuição investigatória, e, todavia, afastar o inquérito civil da ação de improbidade administrativa. Lado outro, a se ter em mente de elementos informativos mínimos como subsídio à ação civil de improbidade, emerge questão relativa à forma pela qual os demais legitimados concretizariam esse expediente. Isso porque o inquérito civil é instrumento de manejo exclusivo do Ministério Público, apesar de não ser o único legitimado coletivo *ad causam*.

No que concerne ao impasse, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017) apresentam solução através da aplicação do art. 8º, §2º, da Lei 7.347/85¹⁴³. Oferecem dois caminhos a serem trilhados pelos demais legitimados. O primeiro – e prioritário – seria a solicitação¹⁴⁴ de documentos públicos ou privados, relatórios de tribunais de contas dentre outros elementos informativos. A não se lograr êxito, a opção subsidiária seria invocar o tanto disposto no art. 8, §2, da Lei da Ação Civil Pública, para que, com base no caráter sigiloso da documentação pretendida, venha a ser postulada requisição judicial (GARCIA; ALVES,

¹⁴² A temática referente à teoria dos poderes implícitos será melhor abordada no próximo capítulo. No que diz respeito às vozes contrárias à sua aplicação com o escopo de se admitir a investigação ministerial, conquanto não se anua aos seus motivos, não se trata de discussão necessária ao estudo da vertente objeto de pesquisa.

¹⁴³ “Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. (...) § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los” (BRASIL, 1985, art. 8º).

¹⁴⁴ Nada obstante os autores não utilizem a expressão solicitar, é o que se depreende da obra citada. Isso porque requisição, segundo os autores, haveria apenas na atuação do Ministério Público. Destaca-se, inclusive, a tipificação penal da conduta daquele que cria empecilho a disponibilizar dados técnicos, em face de requisição ministerial, para fins de propositura de ação civil pública, nos moldes.

2017, p. 825).

Por outro lado, no que concerne à Defensoria Pública, há previsão legal de seu poder de requisição em face de órgãos públicos, consoante as normas previstas nos art. 43, inciso X, bem como no 128, X¹⁴⁵, da Lei Complementar nº 80/94. Esse poder requisitório guarda estrita relação com suas atribuições institucionais. Portanto, consoante o texto legal, somente terá como objeto documentos e informações necessárias à consubstanciação de suas funções constitucionais, dentre as quais se inclui a tutela coletiva de direitos metaindividuais.

Embora configure assunto a ser verticalizado no próximo capítulo, tem-se que o poder de requisição permite à Defensoria Pública subsidiar as ações coletivas a serem intentadas de forma consistente. Dessarte, inobstante a lei fale em poder de requisição, trata-se de poder-dever, porquanto sua legitimidade sempre dependerá da afinidade com as atribuições constitucionais do órgão.

Cumprе ressaltar que, em uma interpretação sistemática, há de se considerar que os órgãos públicos não poderão argumentar sigilo de informações com o escopo de afastar a requisição defensorial, desde que esta se subsuma às suas funções. Por outro lado, caso seja requisitada informação ou documentos que, a juízo da autoridade administrativa, não se insira nas atribuições defensoriais na situação fática, poderá negar fundamentadamente em dispô-los. Caberá, em tese, ao representante do Órgão Defensorial impetrar mandado de segurança com objetivo de judicializar a questão, a partir da constatação de que o trâmite de eventual recurso administrativo – se houver – possa pôr em risco os direitos metaindividuais que se busca salvaguardar.

Por conseguinte, a dimensão de incidência do poder de requisição da Defensoria Pública deve ser, analisar à luz do texto constitucional e de sua lei orgânica de regência. Como se verá em tópico próprio, o Supremo Tribunal Federal já foi provocado a interpretar norma da Constituição do Rio de Janeiro de conteúdo semelhante, que versava sobre o poder de requisição. Na ocasião, entendeu-se por conferir interpretação restritiva, o que, todavia, se deu em relação a ações individuais.

No campo da tutela coletiva, o interesse público e a relevância social são ínsitos¹⁴⁶, de

¹⁴⁵ “Art. 43. São garantias dos membros da Defensoria Pública da União: (...) X - requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições”;

“Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: (...) X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições” (BRASIL, 1994, arts. 43 e 128).

¹⁴⁶ Com base no que já foi objeto de explanação, a celeuma a respeito da relevância social, na ótica da doutrina e jurisprudência amplamente majoritária, cinge-se aos direitos individuais homogêneos, por conta de

modo que transmutar o poder requisitório em mera solicitação é diminuir a própria salvaguarda constitucional conferida aos direitos transindividuais. Isso porque resultaria em uma redução dos instrumentos conferidos ao Órgão Defensorial, destinados a cumprir sua vocação constitucional de tutelar direitos de pessoas vulneráveis sob a ótica organizacional.

No entanto, o poder de requisição não se equivale ao inquérito civil público, sobretudo porque este se insere exclusivamente nas atribuições do Ministério Público. Conquanto ambos os instrumentos se vinculem a finalidades parecidas, a procedimentalização de cada um é distinta. Todavia, nas duas situações, deve ser garantida a eficácia de cada um dos instrumentos para fins de ajuizamento de ações coletivas consistentes, em especial a de improbidade administrativa. Por se tratar de ação civil que pode vir a culminar na aplicação de sanções, o dever de subsidiar a demanda com documentos e informações se torna ainda mais salutar. Assim, ao se conjecturar a legitimidade coletiva defensorial, devem ser considerados os meios que lhes são assegurados pelo ordenamento jurídico a tornarem viável o ajuizamento da ação civil de improbidade.

4.4.4 A natureza jurídica das sanções previstas na Lei nº 8.429/92

Consideráveis argumentos contrários à legitimidade coletiva defensorial para fins de ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa, dizem respeito a um suposto caráter penal presente nas sanções e no procedimento adotado na legislação regente.

O presente subtópico tem a finalidade de examinar a natureza jurídica das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 e os aspectos gerais do procedimento aplicado ao processamento da ação civil pública respectiva. Trata-se de análise necessária não só às hipóteses de trabalho, como também para introduzir a temática da legitimidade ativa na ação de improbidade.

No contexto do presente estudo, importa investigar a natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa e das sanções respectivas previstas na Lei nº 8.429/92. Caso se admita o caráter penal da tipificação dos atos de improbidade bem como as sanções aplicadas judicialmente, de fato, estaria rechaçada por completa a legitimidade coletiva defensorial.

Apesar de cabível o ajuizamento de ações penais privadas, principais ou subsidiárias da pública por intermédio da Defensoria Pública, aqueles que entendem pelo caráter penal da Lei de Improbidade Administrativa, por regra, comparam a ação civil pública com as ações penais públicas. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 44), a titularidade

sua natureza essencialmente individual. No que tange aos direitos coletivos em sentido estrito e difusos, dada sua amplitude considerável de titulares afetados em potencial, entende-se pela existência de intrínseco interesse público e social na proteção destes.

pública da ação penal materializa a relevância conferida pelo ordenamento jurídico a determinados bens jurídicos. Assim, ao se destinar à tutela da moralidade administrativa, a ação civil pública por atos de improbidade seria similar à ação penal pública.

Conforme o art. 129, inciso I, da CFRB¹⁴⁷, incumbe ao Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública. Inobstante a previsão constitucional da ação penal subsidiária¹⁴⁸, não se refuta o manejo exclusivo da ação penal pública pelo Órgão Ministerial. Entretanto, no presente trabalho, com base no que já foi dito acerca do caráter coletivo da ação civil de improbidade administrativa, não se está a aderir ao referido entendimento.

Para que se possa aferir a natureza da ação de improbidade, os professores Marçal Justen Filho (2016) e Rogério Pacheco Alves (2017) destacam que o ponto nevrálgico reside justamente no exame das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa¹⁴⁹. Enquanto o primeiro afirma que as espécies sancionatórias alicerçam a natureza penal, o segundo aponta a natureza extrapenal destas. Segundo Marçal Justen Filho (2016, p. 290), antes as sanções de perda de mandato eletivo e de suspensão de direitos políticos, há de se concluir pela natureza penal da ação de improbidade, vez que pode resultar na aplicação das mesmas. Demais disso, a utilização do vocábulo pena pela Lei nº 8.429/92 indica natureza penal.

Por sua vez, Rogério Pacheco Alves (2017) aduz que não se pode conceber

¹⁴⁷ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 1988, art. 129).

¹⁴⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (BRASIL, 1988, art. 5º).

¹⁴⁹ “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009). I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016). Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (BRASIL, 1992, art. 12).

ontologicamente sanções como elementos intrínsecos a determinados ramos do Direito. Isso porque, conforme leciona, as sanções se destinam, basicamente, aos mesmos fins, quais sejam, recompor e prevenir determinadas espécies de condutas. Por isso, existiria uma quadra específica ao estudo dos conteúdos sancionatórios, qual seja, o direito sancionador. Não se trata de campo ligado apenas ao direito penal ou ao direito administrativo, de forma que o que se busca é o estudo geral das sanções presentes nos diversos ramos jurídicos (ALVES, 2017, p. 620).

Não se mostra congruente a análise da natureza de determinada ação apenas com fundamento em expressões legais, ou, inclusive, nas espécies de sanções. Isso porque o texto constitucional, em momento algum, vinculou espécies sancionatórias a esse ou aquele ramo do Direito. Nem poderia, afinal não é esse o campo de observação para fins de descoberta do ramo jurídico incidente. O Direito Penal, ante seu potencial de intensa mitigação de direitos fundamentais, apresenta preceitos gerais que buscam, sobretudo, limitar o poder punitivo estatal.

Nesse sentido, Basileu Garcia (2008) ressalta que o Direito Penal não tem o escopo principal de impor sanções, mas de limitá-las. A noção de que condutas prejudiciais do convívio social necessitam de regulação e contraposição específicas é ínsita ao próprio nascimento do Estado enquanto ente regulador. Assevera o autor que, nesse contexto, o Direito Penal seria a última alternativa à regulamentação social, a coibir aquelas ações e omissões capazes de lesar os bens jurídicos mais relevantes, a exemplo da vida e da integridade física e psicológica. Assim, ao se gestar o ente estatal enquanto parâmetro imprescindível à sobrevivência humana em âmbito coletivo, concebeu-se, também, a necessidade de limitar seu poder punitivo (GARCIA, 2008, p. 103).

Por sua vez, Luigi Ferrajoli (2006) também salienta a função limitativa do Direito Penal. Para ele, a função garantista do Direito Penal integra seu próprio fundamento de existência. Dito de outro modo, o Direito Penal constitui técnica específica de limitação dos poderes estatais no que tange à obstaculização de direitos humanos. Portanto, um dos princípios mais caros a esse ramo jurídico é o princípio da estrita legalidade (FERRAJOLI, 2006, p. 805)¹⁵⁰.

Com base no princípio da estrita legalidade, ao legislador, para Cezar Roberto

¹⁵⁰ Cumpre ressaltar que a teoria garantista é analisada pelo autor nos campos do Legislativo e do Executivo. Assim, de nada adiantará a vedação ao Judiciário no que toca a extrapolar os limites legislativos de incidência penal, caso o Legislador não esteja em sintonia com os preceitos garantistas. Assim, exemplifica o autor, em regimes totalitários nos quais o legislador passe a tipificar penalmente a mera condição de adepto a determinada religião ou ideário político, a interpretação judicial não será capaz de conferir à norma caráter garantista.

Bittencourt (2008), cumpre estabelecer normas penais cuja redação seja precisa. Segundo ele, os tipos penais representam tipos fechados, não por tornarem despiendo o contato com outros ramos, mas por afastarem ampliações indevidas em seu preceito primário. Assim, sendo o preceito primário a delimitação descritiva da conduta, não poderá o intérprete elasticê-lo semanticamente com o escopo de punir um maior número de condutas. Por esse motivo, não se admite no Direito Penal a analogia *in malam partem*, ou seja, não pode o intérprete, ao extrair o significado normativo, buscar aplicar a norma penal a condutas destituídas de tipificação legislativa. Caso distinto, todavia, se refere às hipóteses em que o próprio legislador insere, no dispositivo legal, fórmulas casuísticas, a permitir a interpretação analógica, como ocorre no art. 121, §2º, inciso III¹⁵¹. Enquanto no primeiro caso se está a suprir lacuna normativa, o que se proíbe no direito penal, no segundo se busca tornar efetiva a proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal (BITTENCOURT, 2008, p. 56).

Sob o prisma dessas características do Direito Penal, a Lei de Improbidade Administrativa não é dotada de natureza penal. Ao se examinar a tipologia dos atos de improbidades, previstos nos art. 9º, 10 e 11 do precitado diploma legal, verifica-se considerável grau de generalidade por parte do legislador. A tipificação das condutas elencadas nos mencionados dispositivos legais não atende aos pressupostos decorrentes da incidência do Princípio da Estrita Legalidade.

Clarifica-se esse argumento na medida em que se verifica o art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92¹⁵², visto que apresenta grau de generalidade dissonante com a senda penal. O legislador, nesse dispositivo legal, reputa lesivos aos princípios da administração pública aqueles atos ímprobos que violem os deveres jurídicos mencionados. Em seguida, de forma exemplificativa, enumera algumas condutas aptas a se amoldar nesse conceito. Admitir-se o caráter penal dessa disposição significaria conceder ao Estado poder desmedido de punir, o que se distancia da finalidade restritiva do Direito Penal. Dessarte, segundo Rogério Pacheco Alves (2017, p. 617), o vocábulo *notadamente* não se coaduna com o Princípio da Estrita Legalidade.

Lado outro, a mera qualidade das sanções elencadas no art. 12 da Lei de

¹⁵¹ “Art. 121. Matar alguém (*sic*): Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...) Homicídio qualificado. § 2º Se o homicídio é cometido: (...) III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” (BRASIL, 1940, art. 121).

¹⁵² “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, ~~e notadamente~~” (BRASIL, 1992, art. 11).

Improbidade¹⁵³ também não se mostra argumento suficiente a qualificá-la como espécie de legislação penal extravagante. Em sentido similar, Rogério Pacheco Alves ressalva a possibilidade de infrações a deveres funcionais poder vir a culminar em perda de cargo público. Essa sanção, conforme o texto constitucional, pode se revestir de natureza administrativa¹⁵⁴ ou penal¹⁵⁵. Todavia, não assume viés de sanção disciplinar, vez que sua aplicação requer reserva de jurisdição (ALVES, 2017, p. 621).

O autor menciona outros aspectos a serem levados em consideração na presente discussão. O art. 37, §4º, da Constituição Federal, estatui que a imposição de sanções por atos de improbidade não inviabilizará o ajuizamento de eventual ação penal cabível. O próprio art. 12, *caput*, da Lei de Improbidade esclarece que a aplicação às referidas sanções não obstaculizará a incidência de outras de natureza penal. Outrossim, a legitimidade ativa expressa no art. 17, *caput*, da Lei nº 8429/92, é atribuída, concorrentemente, ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público interessada (ALVES, 2017, p. 622). Caso se

¹⁵³ “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009). I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016). Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (BRASIL, 1992, art. 12).

¹⁵⁴ “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998); III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL, 1988, art. 41).

¹⁵⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (BRASIL, 1988, art. 5º).

admitisse o caráter penal da ação de improbidade, esse dispositivo padeceria de inconstitucionalidade material, porquanto o art. 129, inciso I, da CFRB, confere somente ao Órgão Ministerial a titularidade da ação penal pública.

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores também afasta o caráter penal tanto da tipologia de atos de improbidade, como também em relação ao processamento da ação civil correlata. Tanto o STF¹⁵⁶ como o STJ¹⁵⁷ entendem que não se aplica ao instituto do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade, porque estabelecem uma leitura restritiva dos mesmos, a fim de englobar apenas ações penais. Assim, a constituir ação civil pública, a competência na ação de improbidade administrativa é regida pelo art. 2º, da Lei 7.347/86¹⁵⁸. Entende-se que se aplica o microssistema de processo coletivo consoante já explanado¹⁵⁹.

Dessa forma, por hipótese, ação civil pública por ato de improbidade intentada em face de Presidente da República, cujo dano tenha ocorrido no Distrito Federal, seria processada e julgada por Juízo de primeira instância, em consonância com a lei de organização judiciária local. Não caberia, conseqüentemente, ao Supremo Tribunal Federal julgá-la, tal como ocorreria caso se referisse à ação penal.

Por fim, não se pode confundir a natureza dos atos de improbidade administrativa e a da judicialização destes com as eventuais implicações penais. José dos Santos Carvalho Filho (2009) aponta para a adoção, no ordenamento jurídico pátrio, do critério de independência relativa das esferas no que tange à responsabilização de agentes públicos por atos inerentes às suas funções. Destarte, um mesmo ato pode resultar em responsabilização administrativa, cível e criminal. Isso significa que determinado ato de improbidade administrativa pode, simultaneamente, submeter o agente público a ação civil pública e a ação penal, caso se trate, também, de crime ou contravenção penal (CARVALHO FILHO, 2009, p. 222).

Imagine-se circunstância em que gestor público municipal permite a aquisição, por determinado órgão público, de bens cujos preços sejam manifestamente superiores àqueles praticados no mercado. Em certa oportunidade, o mencionado gestor, com o objetivo de manter o expediente ímprobo, viabiliza, dolosamente, a dispensa de licitação em caso não previsto em lei. Nesse contexto, o agente público responderá por ato de improbidade lesivo ao

¹⁵⁶ Cf. BRASIL, STJ, 2016.

¹⁵⁷ Cf. BRASIL, STJ, 2015

¹⁵⁸ “Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)” (BRASIL, 1986, art. 2º).

¹⁵⁹ Cf. BRASIL, 2009.

erário, consoante o art. 10, inciso V¹⁶⁰, da Lei nº 8.429/92. Além disso, sua conduta incidirá no crime bem como pelo delito previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93¹⁶¹, vez que violadora da higidez do processo licitatório. Dessarte, nada impedirá o ajuizamento, por exemplo, de ação de improbidade administrativa pelo Município interessado, além de ação penal pelo Ministério Público.

4.4.5 Legitimidade ativa na ação civil pública de improbidade

Conforme sobredito, não se está a delinear genericamente o procedimento aplicável à ação civil por ato de improbidade. Isso porque o objeto do presente estudo cinge-se à legitimidade ativa da Defensoria Pública sob a ótica do acesso à justiça democrático. Portanto, o presente subtópico objetiva estabelecer noções gerais sobre a legitimidade *ad causam* prevista na Lei nº 8.429/92.

Preliminarmente, destaque-se que, uma vez constatada a aplicação do microssistema legislativo de tutela coletiva às ações civis por ato de improbidade, não só as disposições legais compatíveis devem ser observadas, como também a própria teoria geral do processo coletivo. Assim, os legitimados ativos previstos na Lei de Improbidade Administrativa constituem hipóteses de legitimidade extraordinária. Por conseguinte, estão a promover em nome próprio direito alheio.

Assim, por meio da ação civil de improbidade administrativa, os legitimados ativos estão a buscar a salvaguarda do direito à moralidade administrativa, ou seja, de direito difuso titularizado por sujeitos indetermináveis. Trata-se de sistemática que prestigia o acesso à justiça democrático, porquanto permite que o indivíduo se dirija aos colegitimados com o objetivo de representar possíveis irregularidades no seio estatal. Esse expediente não só encontra escólio no art. 14 da Lei nº 8.429/92¹⁶², como também decorre do direito de petição

¹⁶⁰ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...) V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado” (BRASIL, 1992, art. 10).

¹⁶¹ “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público” (BRASIL, 1993c, art. 89).

¹⁶² “Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. § 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento. § 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei. § 3º Atendidos os requisitos

com base constitucional no art. 5º, inciso XXXIV, alíneas "a" e "b"¹⁶³.

Demais disso, consoante foi afirmado no primeiro capítulo, o acesso à justiça democrático se liga, também, à possibilidade de intervenção social nas políticas públicas, enquanto medidas estatais de concretização de direitos fundamentais. Por meio dos legitimados ativos, a sociedade participa das opções políticas, a assumir postura ativa diante do Estado.

Especificamente em relação à ação civil de improbidade, a legitimidade ativa se encontra prevista no art. 17, *caput*¹⁶⁴, da lei de regência. Em relação às pessoas jurídicas interessadas, mencionadas na norma em apreço, Rogério Pacheco Alves (2017) esclarece que se trata dos entes políticos na seara dos quais tenha ocorrido o ato de improbidade. Na pertinência temática, cabe a cada ente legitimidade relativa ao seu âmbito de atuação, de modo que não pode a União ajuizar ação de improbidade em relação a conduta ocorrida na Administração Pública Municipal. Destaca o autor, ainda, que, mesmo nesses casos, se estará diante de substituição¹⁶⁵ processual, porquanto a pessoa jurídica de direito público estará a tutelar interesse público primário (ALVES, 2017, p. 944).

Por sua vez, Wallace Paiva Martins Júnior (2009) destaca que as entidades previstas no art. 1º, parágrafo único¹⁶⁶, não possuem legitimidade ativa justamente porque mediante a ação civil de improbidade, não se objetiva a reparação de patrimônio privado. O mesmo entendimento se aplica às Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, previstas, respectivamente, na Lei nº 9.637/98 e na Lei nº 9.790/99. Por se

da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares” (BRASIL, 1992, art. 14).

¹⁶³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal” (BRASIL, 1988, art. 5º).

¹⁶⁴ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar” (BRASIL, 1992, art. 17).

¹⁶⁵ Cumpre reiterar que, nesse estudo, se adota concepção no sentido de que substituição processual é sinônimo de legitimidade extraordinária.

¹⁶⁶ “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (BRASIL, 1992, art. 1º).

tratarem de entes de direito privado, não têm legitimidade ativa para ajuizamento da ação civil pública em tela (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 59). Todavia, nada impede que a pessoa jurídica de direito público que tenha estabelecido vínculo jurídico com as entidades mencionadas, venha a ajuizar ação civil de improbidade em face de atos que tenham lesado o patrimônio público.

Além da pessoa jurídica de direito público interessada, a norma também confere legitimidade expressamente ao Ministério Público. Essa previsão constitui concretização legal daquilo que já está veiculado na Constituição Federal desde a promulgação de seu texto originário. Rogério Pacheco Alves (2017, p. 955) afirma que, segundo os artigos 127, *caput*¹⁶⁷, bem como 129, III¹⁶⁸, da Constituição Federal, incumbe ao Órgão Ministerial a defesa dos interesses sociais e do patrimônio público.

Lado outro, a discussão relativa à tutela de direitos individuais homogêneos, porquanto passíveis de disponibilidade em certas situações, não oferece qualquer obstáculo à legitimidade ativa do Ministério Público em sede de ação de improbidade administrativa. Dito de outro modo, o direito à moralidade administrativa, do qual decorre o dever jurídico de probidade, é indisponível em qualquer situação. Dessarte, a própria Lei nº 8.429/92, em seu art. 17, §1º¹⁶⁹, veda qualquer instrumento de concessões recíprocas no processamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Em relação ao entendimento de possível usurpação de funções por parte do Ministério Público com base no art. 129, inciso IX, da Constituição, Rogério Pacheco Alves (2017, p. 947) o refuta. Segundo o autor, ao empreender a tutela do patrimônio público, não estaria o órgão a exercer a representação judicial da pessoa jurídica de direito público lesada, mas a salvaguardar o interesse público. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem, inclusive, adotado leitura ampliativa dos dispositivos constitucionais, com o desiderato de viabilizar atuação ministerial no sentido de promover a tutela do patrimônio público tanto sob o viés material de perdas e danos, como também imaterial, ou seja, lesão à moralidade administrativa¹⁷⁰.

¹⁶⁷ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988, art. 127).

¹⁶⁸ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988, art. 129).

¹⁶⁹ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput” (BRASIL, 1992, art. 17).

¹⁷⁰ Cf. BRASIL, 2002.

Ademais, como explanado, por atrair a aplicação da teoria geral da tutela coletiva, tem-se que a legitimidade *ad causam* é disjuntiva e concorrente. Por conseguinte, a legitimidade ministerial em nada é condicionada ou obstada pela legitimação da pessoa jurídica de direito público interessada por intermédio de seu órgão de representação judicial. Outrossim, embora a pertinência temática referente aos entes públicos seja mais restrita, aquela aplicável ao Ministério Público se reveste de base constitucional nas normas supramencionadas. Desse modo, a se configurar demanda vinculada ao interesse social e ao patrimônio público, o Órgão Ministerial estará legitimado ao ajuizamento de ação civil pública.

Perpassada a análise da previsão legal expressa, cumpre ampliar a discussão de acordo com o que resulta do microssistema processual coletivo. Consoante asseverado, a intervenção móvel prevista no art. 17, §3º, que permite diálogo normativo com a Lei nº 4.717/65, não é a única hipótese de contato microssistêmico do rito procedimental da ação civil de improbidade administrativa. Relembre-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores manifesta ótica similar, a exemplo da aplicação do instituto do reexame necessário à ação civil pública por ato de improbidade, inobstante a ausência de previsão legal.

É imprescindível investigar, nesse momento, a questão atinente a incidência do microssistema processual coletivo. No que tange às associações, há dissenso doutrinário a respeito. A manifestar entendimento predominante, Wallace Paiva Martins Júnior (2009) reputa incabível o ajuizamento de ação civil por ato de improbidade por associações civis. Assevera o autor que a ausência de menção, no art. 17 na Lei de Improbidade Administrativa, de entidades associativas, denota silêncio eloquente por parte do legislador, de modo que somente de confere legitimidade ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público interessada. O autor argumenta, ainda, que por se inserir na sistemática de direito sancionatório, a procedimentalização da ação civil de improbidade requer interpretação restritiva (MARTINS JR., 2009, p. 89).

Há entendimento, contudo, divergente acerca dessa temática. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 1.202) afirmam que a tutela da moralidade administrativa por intermédio de entidades associativas representa hipótese de democracia participativa, ao outorgar ao indivíduo, coletivamente organizado, meio de reivindicar obediência ao dever de probidade.

Em prima similar, Owen Fiss (1996), ao analisar a sistemática adotada nas *class actions* do Direito norte-americano, ressalta a relevância de não restringir a legitimidade coletiva a órgãos públicos. Para ele, é importante aparelhar as associações e, inclusive, os

indivíduos para promoverem ações coletivas. Em seu ponto de vista, incumbiria ao Judiciário, no âmbito da análise da respectiva representatividade adequada, aferir a capacidade de representação da entidade associativa ou do indivíduo (FISS, 1996, p. 15).

Esse ponto de vista apresenta coerência à luz do texto constitucional. Conquanto, no Brasil, o exercício do direito à democracia ocorra de forma, majoritariamente, indireta, há previsão constitucional de mecanismos de participação direta, a exemplo do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular legislativa¹⁷¹. Por conseguinte, tem-se, no ordenamento jurídico pátrio, o que se qualifica como democracia semidireta ou participativa. Assim, a se aplicar o mesmo raciocínio empregado pelo legislador constituinte, pode-se afirmar que, além das hipóteses usuais de substituição processual, admitir-se-ia a participação direta da sociedade por intermédio de entidades associativas.

De outro lado, diferentemente do que foi dito no que toca à ação popular, as associações civis, em sede de ação de improbidade atuariam, também, na condição de substitutos processuais. Não estaria a atuar como representante processual, vez que lhe é conferida, legalmente pelo art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, representatividade adequada. Dessarte, despidiendia qualquer tipo de autorização por parte dos associados para que possa vir a intentar ação civil pública por ato de improbidade. Além disso, não parece adequado afirmar que estaria a atuar em nome próprio, ou seja, enquanto legitimada ordinária. Isso porque se trata de pessoa jurídica de direito privada dotada de existência autônoma paralela à situação dos associados, de forma a não se equiparar ao cidadão em sede de ação popular.

Contudo, cumpre ressaltar o raciocínio adotado pelos Tribunais Superiores, a considerar que as entidades associativas, em verdade, serão representantes processuais e não substitutas. Segundo o Tribunal, com base no art. 5º, XXI, da Constituição Federal¹⁷², assim como no art. 2º-A, da Lei nº 9.494¹⁷³, entende que, diante da exigência constitucional e legal da autorização expressa dos associados, não seria hipótese de legitimação extraordinária. No entanto, a doutrina, em sua ampla maioria, reputa como substituição processual as situações

¹⁷¹ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular” (BRASIL, 1988, art. 14).

¹⁷² “XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (BRASIL, 1988, art. 5º).

¹⁷³ “Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001). Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)” (BRASIL, 1988, art. 2º).

em que entidades associativas civis venham a ajuizar ações coletivas em prol de interesses pertinentes aos seus associados. Antônio Gidi (1995) afirma que, a considerar que a Lei nº 7.347/85 e a Lei nº 8.078/90 não exigem autorização de associados ao elencar as associações como legitimadas coletivas, trata-se verdadeiramente de legitimação extraordinária. A leitura que se deve fazer do texto constitucional, destarte, é na linha de que somente em relação a ações individuais as associações dependerão de autorização de seus associados (GIDI, 1995, p. 210).

Além disso, cabe apresentar crítica similar àquela referente ao posicionamento restritivo ante a legitimidade coletiva defensorial. Condicionar, sem respaldo legal, o ajuizamento de ações coletivas ao contato, de qualquer espécie, com os interessados significa criar obstáculo robusto ao acesso à justiça. A análise da pertinência temática, da constituição ânua, assim como, também, da afinidade da demanda a com os interesses dos associados poderá ser objeto de análise judicial no momento da prolação da decisão de certificação na ação coletiva¹⁷⁴.

Em continuação, embora a pertinência temática atinente ao Ministério Público encontre firmamento constitucional, o mesmo não se pode dizer em relação às associações civis. Isso porque o art. 5º, inciso V, da Lei nº 7.347/85¹⁷⁵ elenca dois requisitos para que se confira legitimidade coletiva aos entes associativos, quais seja, um de natureza temporal e outro referente ao liame temático. Portanto, as associações deverão estar constituídas há pelo menos 1 (um) ano, consoante os requisitos apresentados pelo Código Civil e legislação correlata. O objetivo dessa previsão é evitar a profusão de associações com o único escopo de promover a judicialização de demandas que interessem aos seus constituintes.

Contudo, destaque-se que esse requisito não pode ser analisado de forma autômata, a se desconsiderar os princípios processuais da boa-fé e da economia. Esse tem sido, inclusive o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁶. Assim, a Corte Cidadã tem reputado

¹⁷⁴ Note-se que o STJ já entendeu pela possibilidade da análise judicial da representatividade adequada de entidade associativa. Mitigou-se, portanto, o usual raciocínio de que a representatividade adequada, no Brasil, é presumida pelo legislador ao elencar os legitimados coletivos. Cf. BRASIL, 2016

¹⁷⁵ “V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)” (BRASIL, 1985, art. 5º).

¹⁷⁶ Processo civil. CDC. Recurso especial. Ação civil pública. Tempo mínimo de constituição da associação. Legitimidade ativa. - Nos termos da legislação consumerista, a associação legalmente constituída há pelo menos um ano tem legitimidade para promover a defesa coletiva dos interesses do consumidor. - Em observância aos princípios da economia processual e efetividade da jurisdição, deve ser reconhecida a legitimidade ativa da associação que complete um ano de constituição durante o curso do processo. Recurso especial não conhecido. (REsp 705.469/MS, Terceira Turma, julgado em 16/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 456).

legítima associação civil que venha a completar a constituição ânua no curso do processo coletivo. Por outro lado, note-se que, afora o requisito temporal, a ação de improbidade deve se coadunar com as finalidades institucionais da associação. Interessante notar que, na redação originária do art. 5º, inciso V, da Lei nº 7.347/85, não havia menção expressa do patrimônio público como possível finalidade institucional. Todavia, mesmo antes do acréscimo da expressão *patrimônio público* pela Lei nº 13.004/14, a doutrina já conjecturava a legitimidade coletiva das associações para fins de ação civil de improbidade.

Nessa linha, Gustavo Senna Miranda (2007, p. 65) já asseverava que, embora ausente disposição legal específica, o rol de finalidades institucionais não era taxativo, a inexistir obstáculo à criação de associação cujo desiderato fosse a fiscalização, por exemplo, do repasse de recursos públicos a unidade hospitalar presente em determinado bairro.

Por fim, no que concerne às objeções relativas a eventual despreparo técnico por parte das entidades associativas, o professor Rogério Pacheco Alves (2017) as contextualiza. Segundo ele, sob a égide do art. 17, §4º, da Lei nº 8.429/92¹⁷⁷, o Ministério Público sempre atuará como *custos iuris*, incumbindo-lhe, inclusive, o aditamento e emenda da inicial com o escopo de suprir possíveis incongruências. Consoante o art. 17, §3º¹⁷⁸, a pessoa jurídica de direito público poderá integrar a lide ao lado da associação, por meio, eventualmente, de seu órgão de representação judicial. Por último, através da aplicação microssistêmica do art. 5º, §3º¹⁷⁹, da Lei nº 7.347/85, no caso de abandono da ação por parte da entidade associativa autora, o Ministério Público ou outro colegitimado assumirá o polo ativo processual (ALVES, 2017, p. 956).

No que tange à legitimidade *ad causam* coletiva da Defensoria Pública, o tema será aprofundado em capítulo vindouro. Entretanto, insta, nesse momento, apresentar os pontos de observação no contexto dos quais se irá discutir a sua possibilidade ou não. Com efeito, as premissas iniciais cingem-se àquelas já referidas no exame da legitimidade ativa associativa, quais sejam, o microssistema processual coletivo e o direito ao acesso à justiça democrático.

A partir da noção microssistêmica de tutela coletiva, consoante sobredito, a Lei de

¹⁷⁷ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade” (BRASIL, 1992, art.17).

¹⁷⁸ “§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996)” (BRASIL, 1992, art.17).

¹⁷⁹ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). (...) § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)” (BRASIL, 1992, art.5º).

Improbidade Administrativa se insere em grupo composto por outras legislações, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública. Afora as hipóteses de diálogo normativo já explanadas, aplica-se ao processamento da ação de improbidade o rol de legitimados disposto no art. 5º, da Lei nº 7.347/85, o qual inclui a Defensoria Pública.

Além disso, oportuno reiterar a inclusão das disposições constitucionais e normas legais atinentes às funções institucionais do órgão no microssistema de processo coletivo. Dessa forma, tal como ocorre com o Ministério Público, o Órgão Defensorial somente poderá ajuizar ações civis públicas cujo objeto se harmonize com suas funções institucionais. Dessarte, a vulnerabilidade organizacional deverá ser aferida em conjunto com aquela de natureza econômica, de forma a constituir verdadeira pertinência temática.

Ademais, sob o prisma do acesso à justiça democrático, preconizado na segunda e terceira ondas renovatórias de acesso à justiça conjecturadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015), a legitimidade coletiva defensorial também se alicerça. Isso porque o acesso à justiça democrático transcende a facilitação de acesso ao judiciário através, por exemplo, de isenção de custas, advocacia *pro bono*, assim como, mormente, pela atuação primordial da Defensoria Pública. O acesso à justiça democrático, conforme trabalhado em capítulo introdutório, objetiva a aproximação do indivíduo da atuação estatal, de forma a fiscalizá-la e direcioná-la.

O acesso à justiça democrático foca precisamente nos titulares de direitos fundamentais, os quais são, por natureza, os mais interessados na concretização destes. Portanto, a mera potencialização da justiciabilidade de demandas individuais, bem como a sistemática de substituição processual intrínseca à tutela coletiva de direitos metaindividuais representam estágio inicial de promoção do acesso à justiça. O acesso à justiça democrático não configura conceito estanque, mas sim algo a ser aprimorado continuamente. Lado outro, embora se trate de direito exercitável de forma direta, tem como decorrência a criação de órgãos aptos a recepcionar os pleitos sociais e, com isso, buscar sua efetivação jurídica. Dessarte, além do Ministério Público, a Defensoria Pública é instituição essencial à consubstanciação do acesso à justiça democrático.

Similar à situação fática julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁸⁰, há circunstâncias em que grupos sociais vulneráveis se dirigem à Defensoria Pública, com o objetivo de denunciar possíveis condutas ímprobas em órgãos públicos responsáveis pela aplicação de recursos repassados para a efetivação de direitos sociais. Nessa linha, Rogério

¹⁸⁰ Trata-se de *leading case* em que se entendeu pela legitimidade coletiva defensorial para fins de ação civil de improbidade, que será verticalizado no próximo capítulo.

Pacheco Alves (2017) admite a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade administrativa pelo Órgão Defensorial, somente na hipótese em que ocorra o descumprimento de ordem judicial emitida no seio de outra ação ajuizada pela instituição.

Assim, somente haveria legitimidade coletiva defensorial no caso restrito do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, por vulneração de princípios regentes da atuação do Poder Público. Para ele, seria possível, por exemplo, o ajuizamento de ação civil de improbidade como decorrência na negativa de fornecimento de medicamento determinado por ordem judicial (ALVES, 2017, p. 959). Nas situações de atos de improbidade resultantes em enriquecimento ilícito do agente, assim como daqueles lesivos ao patrimônio público, cujas previsões residem nos artigos 9º¹⁸¹ e 10º¹⁸², *caput*, respectivos o autor refuta essa possibilidade.

Para tanto, afirma que, nas referidas situações, estaria a Defensoria Pública a exorbitar de suas funções institucionais previstas na Constituição. Dito de outro modo, para o autor, o Órgão Defensorial somente poderia vir a ajuizar ação de improbidade em contextos nos quais a tutela de direitos de pessoais vulneráveis economicamente seja evidente (ALVES, 2017, p. 998).

Conquanto se trate de temática verticalizada em tópico posterior, cabe tecer uma análise prévia. Com efeito, a partir da noção de que as normas constitucionais e legais regentes da atuação defensorial fazem parte do microssistema legislativo, a legitimidade defensorial, para qualquer ação coletiva, somente existirá em afinidade com suas atribuições. Desse modo, reitere-se a necessidade de se combinar os critérios de vulnerabilidade organizacional e econômica para fins de análise do caso concreto. Dessarte, abstratamente, a Defensoria Pública tem legitimidade para a promoção da tutela coletiva de direitos metaindividuais. Todavia, eventualmente, o caso concreto pode demonstrar que, embora lesados direitos transindividuais, não será caso de atuação daquele órgão.

Anui-se, nesses moldes, ao ponto de vista apresentado por Alves (2017) no sentido de que poderia a Defensoria Pública ajuizar ação de improbidade em face da negativa de fornecimento de medicamento a pessoas economicamente necessitadas. Entretanto, não se mostra coerente limitar essa atuação àqueles casos em que exista ordem judicial no mesmo sentido. Hugo Nigro Mazzilli, por exemplo, afirma que, em casos similares, caberia aos

¹⁸¹ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei (...)” (BRASIL, 1992, art. 9º).

¹⁸² “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...)” (BRASIL, 1992, art. 10).

órgãos públicos interessados a comunicação ao Ministério Público, a fim de que se promova, inclusive, a responsabilização criminal pautada no art. 330 do Código Penal¹⁸³ (2015, p. 118).

Ademais, há mecanismos processuais coercitivos aptos a impor o cumprimento do provimento jurisdicional mandamental. Exemplos disso são as astreintes e a multa por conduta atentatória à dignidade da justiça, com base, respectivamente, nos artigos 537¹⁸⁴ e 77, §1º¹⁸⁵, ambos do Código de Processo Civil. Dessarte, o ajuizamento de ação de improbidade não teria o objetivo específico de concretizar o cumprimento de decisão judicial. Em outras palavras, mesmo em situação tão específica, a ação civil pública remanesceria revestida de sua finalidade primordial, qual seja, a tutela coletiva da moralidade administrativa.

Por isso, não há fundamento teórico ou prático para a restrição da legitimidade coletiva defensorial a situação peculiar. Isso significaria obstar, abstratamente, a possibilidade de manejo de ação civil por ato de improbidade pelo órgão, a partir de critério destituído de fundamento, seja em relação ao microssistema de processo coletivo, como também, sobretudo, ao acesso à justiça democrático. Além disso, raciocínio que considere ilegítima a Defensoria Pública ante atos de improbidade resultantes em enriquecimento ilícito ou a lesão ao patrimônio público, padece de inconsistência similar.

A tipificação da conduta ímproba, na petição inicial, em nada vincula o Juízo competente. Pode o magistrado, portanto, em eventual sentença condenatória, qualificar o ato de improbidade de forma distinta àquela veiculada na peça exordial. Em termos práticos, não seria plausível limitar previamente a legitimidade *ad causam* da Defensoria Pública com alicerce em elemento mutável e que se insere no âmbito da persuasão racional do Judiciário.

¹⁸³ “Desobediência. Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa” (BRASIL, 1940, art. 330).

¹⁸⁴ “Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. § 2º O valor da multa será devido ao exequente. § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência). § 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. § 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional” (BRASIL, 2015, art. 537).

¹⁸⁵ “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: § 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça. § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta” (BRASIL, 2015, art. 537).

Outrossim, não se consegue imaginar solução para as situações em que, a se aplicar a ótica restritiva, se altere a tipificação da conduta improba. Imagine-se conjuntura em que o Órgão Defensoria viesse a ajuizar ação civil de improbidade com base no art. 11, da Lei nº 8.429/92, e, em sede de sentença, o magistrado entendesse pela tipificação com fundamento no art. 9º. A prolação de sentença terminativa sem resolução meritória, com fundamento na ilegitimidade *ad causam*, não é alternativa harmônica com os preceitos gerais de tutela coletiva. Violar-se-ia não apenas a economia processual e a primazia de julgamento do mérito, mas o próprio acesso à justiça.

Após o elenco dos principais aspectos sobre o tema da legitimidade ativa em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, insta prosseguir rumo ao capítulo final, em que se discutirá as especificidades em derredor da legitimidade coletiva defensorial para ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa.

5 A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROMOVER A TUTELA COLETIVA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O presente capítulo não se subsume a um exame minudente da moralidade administrativa e da procedimentalização de sua tutela. Isso se distanciaria do foco desse trabalho. O escopo, nesse capítulo, é fixar e aprofundar os principais elementos que integram a definição do que vem a ser o direito à moralidade administrativa e os instrumentos que viabilizam a sua tutela coletiva.

A temática se insere, juntamente com os fundamentos da legitimidade coletiva defensorial em sede de direitos difusos, sob a ótica do acesso à justiça democrático, na base teórica sobre a qual se discutirá as hipóteses de pesquisas no último capítulo. Para tanto, imprescindível à delimitação conceitual da moralidade administrativa, bem como de sua natureza jurídica. Outrossim, para que se possa analisar a legitimação *ad causam* na ação civil por ato de improbidade, também é relevante entender o seu processamento, à luz da lei de regência e da jurisprudência correlata.

5.1 A LEGITIMIDADE DEFENSORIAL SOB O ASPECTO DO ACESSO À JUSTIÇA DEMOCRÁTICO

A ótica inicial em que se opta por discutir especificamente a legitimidade coletiva defensorial na seara das ações de improbidade administrativa não foi escolhida ao acaso. A temática atinente ao acesso à justiça democrático não somente introduziu o presente estudo, como também, principalmente, representa o alicerce central da sistemática de tutela coletiva, sob o prisma da segunda onda renovatória elucubrada por Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 1977).

Conforme explanado, em momento preambular, o acesso à justiça era tratado como sinônimo de acesso à Judiciário. Ter acesso à justiça significava a existência de mecanismos propensos a facilitar o ajuizamento de demandas. Nessa perspectiva, o foco era o acesso à justiça sob um viés formal, ou seja, despicienda era a discussão a respeito do conteúdo dos direitos de que se busca tutela judicial.

Essa visão inicial se relacionava com a concepção que preconizava a democracia representativa sob um aspecto formal. Dito de outro modo, o regime democrático restaria efetivado na medida em que se oportunizasse, eficientemente, o direito ao sufrágio destinado à escolha de representantes políticos. Destarte, eventuais discussões acerca da legitimidade das escolhas estatais esvaziar-se-iam em face do argumento da representatividade, cuja

legitimação promanaria do processo eleitoral.

Em um primeiro momento, natural que a discussão relativa ao acesso à justiça se limitasse à quadra precitada. No Brasil, não houve uma ruptura abrupta da ótica liberal de Direito rumo àquela social. A percepção liberal priorizava os chamados direitos civis¹⁸⁶, sob aspecto preponderantemente de absentéismo estatal. Assim, objetivando-se evitar maiores participações da Administração Pública no domínio da autonomia privada da vontade, sua atuação se limitaria às hipóteses de violação de direitos. Por conseguinte, o foco era justamente facilitar o contato dos interessados com o Estado-juiz, de forma a concretizar o acesso à justiça.

A visão ortodoxa de processo civil individualista demonstra a aplicação desse entendimento à teoria geral do processo. Não se concebia mecanismos próprios de tutela coletiva, ou, ao menos, para dirimir situações caracterizadas por litisconsórcios multitudinários. Exemplo disso era a previsão do Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 6º¹⁸⁷, no sentido de que a substituição processual somente seria possível diante de previsão legal expressa. Distintamente, o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 18¹⁸⁸, afirma que a autorização deve derivar do ordenamento jurídico considerado em sua integralidade. A respeito, José Eduardo Carneira Alvim (2017, p. 186) afirma que, a partir do novo diploma processual, viabiliza-se a substituição processual com base em instrumentos contratuais idoneamente avençados pelas partes.

Ante essa ótica limitada, a segunda onda renovatória conjecturada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015) preconiza a defesa dos direitos metaindividuais. Não apenas sob uma perspectiva de releitura dos institutos processuais à luz da potencialização dos conflitos de massas, mas também a partir de uma ótica que prestigia a democracia em sua vertente substancial. Dessarte, a segunda onda renovatória não se restringe à busca pela superação do paradigma individualista típico do processo civil individualista. Trata-se, principalmente, de empoderamento social, na medida em que questões ligadas a políticas públicas passam a ser judicializadas coletivamente.

Segundo Owen Fiss (1996, p. 29), em um primeiro momento, a tutela coletiva foi

¹⁸⁶ Há de se destacar que não de está a desconsiderar a indivisibilidade dos direitos humanos. O objetivo, nesse momento, é demonstrar que essa indivisibilidade não foi, por muito tempo, objeto de pauta política. Segundo Dalmo Dallari (2003, p. 42), no curso da história brasileira, o Estado, a depender da conjuntura, conferiu importância maior ao aspecto prestacional ou não-interventivo de cada direito fundamental.

¹⁸⁷ “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (BRASIL, 1973, art. 6º).

¹⁸⁸ Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

conjecturada com o escopo de viabilizar a proteção de interesses metaindividuais em face de grandes empresas cujo poder econômico elevado conferia-lhes potencial de causar dano, simultaneamente, a uma infinidade de sujeitos de direito. Nesse contexto inicial, inobstante as medidas estatais em prol da efetivação dos mecanismos de tutela coletiva, a judicialização de demandas metaindividuais acabou por se voltar, também, contra o Estado.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2015), afirma que a gênese dos mecanismos de tutela coletiva, sobretudo com o advento da lei nº 7.347/85, coincide com a disseminação, no Brasil, da ideia de justiciabilidade das Políticas Públicas. Essa ideia, segundo o professor, deriva da insatisfação com o paradigma estritamente liberal de Direito, de forma que o Estado é instado a agir no sentido de arrefecer as desigualdades sociais. Nessa conjuntura, esperava-se que a Administração Pública viesse a violar o dever jurídico de disponibilizar meios materiais de concretização dos direitos fundamentais. Com feito, incumbiria ao Legislativo e ao Judiciário reequilibrar essa balança, sendo que este se destacou em detrimento daquele. O processo legislativo além de moroso, por vezes, padecia de interesses políticos paralelos e escusos, de sorte que o indivíduo optou por provocar o Judiciário a respeito da consubstanciação de direitos essenciais (MANCUSO, 2015, p. 199).

Assim, a tutela coletiva, sobretudo aquela ligada a prestações estatais, representou a possibilidade de participação democrática social nas instâncias governamentais. Exemplo disso, atualmente, se refere não somente à legitimidade coletiva das entidades associativas, como também a utilização de audiências públicas em ações coletivas. Embora a audiência pública tenha sido entronizada no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de conferir maior legitimidade democráticas à atuação sua atuação como legislador negativo, pode vir a ser utilizada em ações coletivas.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 229), o entendimento majoritário é pela ausência de impedimento à utilização de audiências públicas em ações coletivas. Apesar de o trânsito em julgado de sentenças coletivas não afetar, em regra, eventuais ações individuais, os direitos metaindividuais são revestidos de interesse social.

A tutela coletiva passa a ser, portanto, meio de concretização da democracia em seu viés substancial. Não basta a participação efetiva no processo eletivo, mas há de se conferir à coletividade instrumentos de reivindicação do cumprimento da finalidade central do Estado, qual seja, a salvaguarda dos direitos fundamentais. Há de ressaltar, entretanto, que não se está a endossar a judicialização excessiva, mas a verificar os avanços trazidos pela tutela coletiva de direitos metaindividuais.

Nessa linha, os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015) preconizam, na

segunda onda renovatória, a existência de órgãos aptos e recepcionais os pleitos sociais e os veicularem em forma de ação coletiva. Refere-se ao que, no direito coletivo norte-americano, se concebe enquanto representatividade adequada. Seriam, conseqüentemente, órgãos dotados de aptidão técnica e material para promover a tutela coletiva de forma eficiente.

Nesse contexto, a Defensoria Pública constitui órgão revestido de legitimidade coletiva, cujas atribuições constitucionais são peculiares. Conforme o art. 134, *caput*, da Constituição Federal, além de instrumento democrático e essencial à justiça, o Órgão Defensoria tem como desiderato a salvaguarda dos direitos individuais coletivos daqueles juridicamente necessitados. Como sobredito, os necessitados não são apenas aqueles destituídos de condições econômicas mínimas, mas também todo indivíduo cujo direito metaindividual se encontra desamparado em face de possível carência organizacional.

Consoante explanação feita no primeiro e segundo capítulos, a ampliação do conceito de necessitado, a transcender o estrito critério econômico, decorre inicialmente de mutação constitucional. Com o avanço da complexidade social, outras barreiras ao acesso à justiça emergiram, sobretudo ante os denominados conflitos de massa. Em contextos sociais tão intrincados, diante meios de comunicação pulverizados, compartilhamento de ambientes coletivos, profusão de questões consumeristas e ambientais, os danos tendem a sobrepujar a esfera individual.

De outro lado, do ponto de vista da materialização da legitimidade coletiva defensorial, aceita jurisprudencialmente desde seu advento e positivada pela Lei nº 11.448/07, a restrição do conceito de necessitado se mostra obstáculo intransponível. Em consonância com a análise feita no capítulo segundo, acerca do julgamento da ADIn nº 3943/DF, não há como conciliar a análise patrimonial singular de cada possível interessado enquanto requisito de ações coletivas intentadas pela Defensoria Pública. Configuraria expediente capaz de retirar eficácia da norma regente de sua legitimação *ad causam*.

Ademais, a atividade do Defensor Público, na condição de representante da instituição, o coloca em contato constante com reivindicações sociais. Temas como fornecimento estatal satisfatório de medicamentos, infraestrutura de presídios e de centros pedagógicos destinados a adolescentes em conflito com a lei, bem como de acessibilidade em bairros, são usualmente levados ao conhecimento do órgão. Dessarte, não raro, após a reunião de elementos de informativos a subsidiar seu convencimento, o Defensor Público ajuíza ações coletivas cujos objetos de tutela cingem-se a questões sociais. A análise acerca da legitimidade, por conseguinte, deve ser empreendida com base, conjuntamente, nos parâmetros de vulnerabilidade organizacional e econômica. Caso se limite ao primeiro, corre-se o risco de

ampliação indevida das funções institucionais defensoriais, enquanto a adstrição ao segundo parâmetro significaria impossibilidade de atuação na senda metaindividual.

Ressalte-se, ainda, que a Lei nº 132/09, ao acrescentar os incisos VII e X¹⁸⁹ à Lei Complementar nº 80/94, se coadunou com a interpretação sistemática e teleológica da norma constitucional retrocitada. Os precitados dispositivos legais legitimam a Defensoria Pública a promover a tutela dos direitos individuais e também das espécies de direitos metaindividuais, desde que titularizados por pessoas necessitadas. Demais disso, assegura o manejo, pelo Órgão Defensorial, de todas as ações cabíveis para que empreenda a salvaguarda desses direitos.

Nessa perspectiva, a tutela da moralidade administrativa, em especial por meio da ação civil de improbidade, emerge como opção salutar da concretização do direito ao acesso à justiça democrático. Como explanado, a se considerar a existência de um Estado Democrático de Direito, consoante o art. 1º, *caput*¹⁹⁰, do texto constitucional, de caráter instrumental¹⁹¹, a moralidade administrativa se reveste de especial relevo. Isso porque o Estado, porquanto não configurar fim em si mesmo, tem sua criação e aparelhamento destinados, primordialmente, a proteção e efetivação de direitos fundamentais. Outrossim, a indivisibilidade intrínseca a esses direitos faz com que todo direito fundamental demanda, em algum grau, prestação estatal, seja direta ou indireta.

Nesse contexto, Fábio Medina Osório (2013, p. 74) se refere ao direito à Administração Pública proba. Para que o ente público realize as situações jurídicas asseguradas por direitos fundamentais, subsiste premissa inafastável em sua atuação, qual seja, aquela que impõe ao administrador o dever de probidade. Esse dever de probidade consiste, segundo o autor, em vincular a conduta do agente público, sob os vieses objetivo e

¹⁸⁹ “São funções institucionais da Defensoria Pública. Dentre outras: VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009). X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009)” (BRASIL, 1994, art. 4º).

¹⁹⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos” (BRASIL, 1988, art. 1º).

¹⁹¹ Paulo Bonavides (2014, p. 144) esclarece que o caráter instrumental do Estado precede a ideia de direitos e garantias fundamentais. A própria concepção do Estado enquanto ente necessário à vida em comunidade expõe sua natureza instrumental, visto que servia a um propósito específico. Inobstante a desvirtuação e as arbitrariedades marcantes de sua gênese e história, o Estado começa a ser visto como instrumento em prol dos direitos fundamentais a partir da transição do Estado Liberal ao Estado Social. É a partir da constatação de que o absentismo estatal e a isonomia meramente formal não são suficientes que se busca, no Estado, o contrapeso imprescindível ao equilíbrio social. Assim, concebe-se o Estado na condição de ente cujo principal objetivo é a concretização de direitos vitais, a exemplo da moradia, alimentação, saúde, dentre outros.

subjetivo, ao interesse público.

Com efeito, a violação da moralidade administrativa, enquanto direito fundamental difuso, resulta em vulneração potencial de todos os outros direitos dessa categoria. Consoante será discutido adiante, em situação ocorrida no Rio Grande do Sul, verificaram-se irregularidades na gestão de recursos públicos destinados a entidade associativa ligada à Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE). Sobrevieram, dessarte, inúmeras denúncias feitas à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Instaurou-se o respectivo procedimento de apuração e, uma vez reunidos os necessários elementos informativos, ajuizou-se ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face dos supostos responsáveis.

A APAE, na condição de associação ligada a grupo social vulnerável, exercitou o seu direito ao acesso à justiça democrático perante a Defensoria Pública. Não se trata, contudo, de função exclusiva daquela instituição, afinal a entidade associativa poderia ter ido ao Ministério Público, ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público. Trata-se de legitimação *ad causam* disjuntiva, concorrente e autônoma, característica estas também aplicadas à ação civil de improbidade.

Dessa forma, nesse primeiro momento, a legitimidade coletiva defensorial deve ser interpretada à luz do acesso à justiça democrático. Com efeito, a Defensoria Pública atua junto a pessoas vulneráveis, cujos direitos estão, seja por carência econômica ou organizacional, em constante risco de dano. Reputar ilegítima a Defensoria Pública à promoção da tutela coletiva da moralidade administrativa significaria reduzir sensivelmente a dimensão de acesso à justiça democrático e, conseqüentemente, da própria participação social democrática no âmbito do Poder Público.

Não se mostra coerente admitir o ajuizamento de ações coletiva a respeito, por exemplo, de questões ligadas a políticas públicas, a buscar efetivá-las e, ao mesmo tempo, obstaculizar a responsabilização daqueles que, dolosa ou culposamente, as prejudicam. A moralidade administrativa, reitere-se, além de também constituir direito fundamental, acaba por refletir em todos os demais, sobretudo à luz do paradigma social de Estado¹⁹².

¹⁹² O professor Dalmo Dallari (2003) denota a singularidade a partir da vinculação entre a ideia de Estado prestacional gestada na transição para o Estado Social e a indivisibilidade dos direitos fundamentais. Por um lado, ressalta-se a possibilidade de se reivindicar do Estado atos materiais inerentes a todo o arcabouço de direitos fundamentais, por outro o fenômeno da corrupção se torna ainda mais pulverizável (DALLARI, 2003, p. 112). Dessa forma, uma Administração Pública ímproba prejudica, em potencial, todos os direitos fundamentais.

5.2 A LEGITIMIDADE DEFENSORIAL SOB A ÓTICA DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA COMO OBSTÁCULO INTRANSPONÍVEL?

Em prosseguimento, cabe examinar a legitimidade coletiva defensorial sob o prisma do microssistema legislativo de tutela coletiva. Embora se refira a outra perspectiva de investigação, o seu exame se remeterá ao que foi dito acerca do acesso à justiça democrático, mormente por se referir a alicerce central da tutela coletiva.

Conforme abordado no capítulo anterior, a ação civil pública por ato de improbidade se encontra regida, no ordenamento jurídico pátrio, pela Lei nº 8.429/92. Demais disso, por objetivar a tutela coletiva de direito difusos – moralidade administrativa – a aludida ação tem natureza coletiva. É cediço, ademais, que, no Brasil, não existe um Código de Processo Coletivo, de forma que a matéria é tratada por intermédio da interpretação sistemática e teleológica de diplomas legais específicos.

Por conseguinte, constata-se diálogo normativo, por exemplo, entre a Lei da Ação Civil Pública, enquanto lei geral sobre o tema, e as demais legislações, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, da Lei da Ação Popular e, também, da própria Lei de Improbidade Administrativa. Majoritariamente, doutrina e jurisprudência entendem que nenhuma das legislações integrantes do microssistema deve ser aplicada de forma isolada, por dois motivos principais.

Sergio Cruz Arenhart (2014) aduz que o primeiro se vincularia à evolução constante do tema atinente à tutela coletiva. Por ser uma sistemática processual relativamente nova, há, ainda, reminiscências de raciocínio pautado no processo civil individualista ou subjetivo. Por mais que haja normas específicas, por vezes o intérprete tende a resistir a aplicar institutos que se distanciem muito da leitura ortodoxa do processo civil. Noções como coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*, *secundum eventum probationis*, liquidação coletiva e *fluid recovery* destoam da sistemática tradicional. A resistência do intérprete demanda, para o autor, o diálogo normativo, inclusive residualmente com o Código de Processo Civil, a fim de que se potencialize a leitura de institutos tradicionais (ARENHART, 2014, p. 321).

Em relação ao segundo motivo, Rodolfo de Camargo Mancuso (2015) salienta a resistência legislativa em aparelhar a tutela coletiva. Isso porque a dimensão de litígios metaindividuais assume proporções consideráveis, além de não depender propriamente do ímpeto social, vez que se dispõe de rol de substitutos processuais. Não se pode esquecer, ainda, da crescente utilização de ações coletivas em face do Estado, principalmente no que

tange a políticas públicas, a exemplos de demandas ligadas à estruturação adequada de presídios estaduais e federais (MANCUSO, 2015, p. 221).

No âmbito da referida resistência legislativa, oportuna é a menção do vetado incidente de coletivização de demandas individuais. Constitui instituto gestado nas discussões legislativas que precederam o advento da Lei nº 13.105/2015, ou seja, do Novo Código de Processo Civil. Como requisitos para essa conversão, o art. 333¹⁹³ estabelecia dois pontos. O primeiro se referiria à relevância social enquanto o segundo à eventual impossibilidade de formação de litisconsórcio. No que tange às hipóteses de cabimento, destacam-se aquelas em que a relação jurídica plurilateral merecesse resolução uniforme, a prestigiar o tratamento isonômico dos litigantes.

Em sede de razões de veto, o Executivo se ateve a asseverar que a redação do dispositivo poderia causar conversões irrestritas, bem como prejuízos ao interesse das partes. Em entendimento consonante, houve quem afirmasse que o instituto o conferiria poder demasiado ao magistrado, romperia com a típica inércia jurisdicional, violaria a duração razoável do processo, bem como consubstanciaria um processo judicial autoritário (TUCCI, 2015). Todavia, esse entendimento, além de destoar do texto legal, desconsidera a necessária interpretação sistemática e teleológica do novo texto processual civil.

Em relação ao disposto na norma vetada, em adendo às condicionantes para conversão já explanadas, os parágrafos do dispositivo em tela restringem as hipóteses em que pleitos individuais podem vir a ser reunidos em processos coletivos. Portanto, a conversão não se

¹⁹³ “Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º-Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º-da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º-A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º-Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º-Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado” (BRASIL, 2015, art. 333).

aplica nos casos de direitos individuais homogêneos, quando já iniciada, na demanda individual, a audiência de instrução e julgamento. Ademais, a conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

O veto presidencial traduz o receio diante de institutos heterodoxos que se distanciem da sistemática comum de processo civil. Diante da hesitação legislativa, a visão microssistêmica surge como solução às eventuais lacunas normativas. Não por outra razão, conforme já mencionado, a jurisprudência tem aplicado institutos não previstos expressamente na Lei nº 8.429/92. Exemplo disso é a aplicação do reexame necessário, previsto na Lei nº 4.717/65 às ações civis públicas por ato de improbidade, especificamente no que toca aos casos em que julgado improcedente pedido nela veiculado.

Dentro dessa perspectiva, se entende que o rol de legitimados *ad causam* previsto na Lei nº 7.347/85 se aplica às ações coletivas regidas pela Lei nº 8.078/90. Assim, reputa-se legalmente prevista a legitimidade coletiva seja em relação a ações civis públicas que versem sobre a disponibilização de medicamentos pelo Estado, bem como aquelas relativas a litígios consumeristas. Por consectário, a se verificar a inserção da Lei de Improbidade no microssistema de tutela coletiva, não há impeditivo coerente ante a possibilidade de diálogo normativo no que concerne à legitimidade ativa.

Nada obstante não haja disposição expressa na Lei nº 8.429/92, a Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, positiva a legitimação *ad causam* defensorial. A alegação de que o silêncio legislativo teria sido eloquente não sobrevive a testes teóricos e práticos. Como explicado, um dos fundamentos essenciais do microssistema legislativo é a presença de lacunas normativas nas legislações de regência. Assim, a pressupor o objetivo de garantir o acesso à justiça por meio da judicialização coletivas de demandas, ante o interesse social correlato, a completude normativa é buscada por meio do diálogo microssistêmico.

Questões como intervenção móvel, reexame necessário, *fluid recovery* têm sido consideradas aplicáveis à procedimentalização da ação civil de improbidade, inobstante também subsistir o alegado silêncio legislativo. Não parece consistente a alegação de que, nos referidos casos, a omissão legislativa demande suprimimento, enquanto, em relação à legitimidade ativa, o legislador teria deliberadamente restringido ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada. Mais uma vez, o escopo primordial da tutela coletiva é efetivar o acesso à justiça democrático, não apenas sob instância quantitativa, mas, principalmente, à luz do interesse social intrínseco aos direitos transindividuais.

De outro lado, destaque-se que o microssistema legislativo não é composto apenas

pelas leis processuais, mas também pelas normas que traduzem as funções institucionais de cada um dos colegitimados previstos legalmente. Por esse motivo, a jurisprudência e a doutrina têm analisado a tutela, pelo Ministério Público, de direitos individuais homogêneos com base em sua vocação constitucional, mormente no que tange à tutela de interesses individuais indisponíveis¹⁹⁴. Em relação à Defensoria Pública, o mesmo foi feito no julgamento da ADIn nº 3943/DF, de modo que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da legitimidade coletiva defensorial, desde que em harmonia com suas atribuições institucionais.

Nessa linha, a Defensoria Pública não poderá ajuizar ações coletivas em qualquer circunstância, o que significa que suas funções institucionais, conquanto similares em alguns pontos, se distinguem daquelas conferidas ao Órgão Ministerial. Não se trata de superposição de funções, mas de atuação paralela e conjunta com a finalidade de salvaguardar os direitos metaindividuais, em harmonia com o texto constitucional. A se verificar a vocação constitucional da Defensoria Pública direcionada à assistência jurídica de necessitados, deve-se adaptá-la à legitimidade coletiva desse órgão.

De outro lado, rememora Tiago Fensterseifer (2015, p. 69) que a legitimidade coletiva defensorial no campo dos direitos difusos tem sido aceita pela jurisprudência mesmo antes de sua positivação na Lei da Ação Civil Pública. Não se pode descurar, ainda, do fato de o Supremo Tribunal Federal ter firmado entendimento de que não há limitações apriorísticas à legitimação *ad causam* da instituição, salvo em situações teratológicas¹⁹⁵. Há de se verificar, portanto, as especificidades da situação fática, a partir da conjunção dos critérios da vulnerabilidade organizacional e da econômica.

Por outro lado, há circunstâncias em que a união dos mencionados parâmetros deverá ser empreendida com certa flexibilidade, sob risco de se recair no rigorismo inerente àqueles que sustentam entendimento restritivo. Por exemplo, em caso de violações a direitos ambientais, a investigação deve ser diferenciada, dada a amplitude desses direitos. Édis Milaré (2011, p. 88) ressalta que o art. 225, *caput*, da Constituição Federal¹⁹⁶ alçou o meio

¹⁹⁴ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988, art. 127).

¹⁹⁵ O Ministro Luís Roberto Barroso, em *obiter dictum*, em seu voto no julgamento da ADIn n. 3943/DF, afirmou que a Defensoria Pública careceria de legitimidade para promover a tutela coletiva de direitos titularizados por usuários do Banco Itaú Personnalité. Por regra, em hipótese como essa, seria explícita a inexistência de qualquer vestígio de vulnerabilidade econômica.

¹⁹⁶ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988, art. 225).

ambiente a condição de bem jurídico imaterial e difuso, a abranger não apenas as gerações presentes, mas também as futuras, a apresentar caráter intergeracional.

Embora a jurisprudência venha, há muito, concebendo a legitimidade coletiva defensorial em relação aos direitos difusos ambientais¹⁹⁷, a situação fática deve ser analisada criteriosamente. Isso porque nem sempre haverá a presença clara da vulnerabilidade econômica e da organizacional. Por outro lado, caso se constate a presença, mesmo que indireta de tais parâmetros, haverá legitimidade ao ajuizamento de ação coletiva¹⁹⁸. Imagine-se, assim, situação em que determinado empreendimento industrial esteja a liberar resíduos tóxicos em determinado rio. Conquanto não se perceba a lesão imediata de direitos titularizados por indivíduos econômica e organizacionalmente vulneráveis, haverá legitimidade coletiva defensorial. Nada impede, por exemplo, que a ação civil pública seja ajuizada apenas pela instituição ou em litisconsórcio ativo com o Ministério Público ou entidade associativa.

No que tange à moralidade administrativa, a análise deve ser ainda mais rigorosa, vez que a legitimidade coletiva defensorial será restrita nessa hipótese como se analisará em tópico subsequente. Outrossim, em sentido similar do que foi afirmado em referência às associações civis, tem-se que a Lei nº 13.004/14 acrescentou o inciso VIII ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, de modo a positivar a possibilidade de ação civil pública instrumentalizar a tutela coletiva do patrimônio público e social. Rodolfo de Camargo Mancuso (2015, p. 188) ressalta que o termo *patrimônio público e social* deve ser interpretado de forma ampliativa, a buscar a tutela dos princípios regentes da Administração Pública.

Por sua vez, Fredie Didier Jr. e Hemes Zaneti (2017, p. 99) esclarecem que o acréscimo legislativo ocasionou poucas alterações, vez que já se entendia pela natureza exemplificativa do rol presente no referido dispositivo legal. O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, já admitia a incidência da ação civil pública no campo do patrimônio público. Assim, sumulou entendimento¹⁹⁹ segundo o qual admite a legitimidade coletiva do Ministério Público ao intento de ação civil pública em defesa do patrimônio público²⁰⁰.

¹⁹⁷ Nessa linha, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça conforme. BRASIL, 2008.

¹⁹⁸ Em alguns casos, os parâmetros estarão claramente presentes, a exemplo de ação coletiva ajuizada pela Defensoria Pública de São Paulo em prol de comunidade quilombola. Após a declarada localidade como unidade de proteção integral, a inviabilizar a presença humana, a ação civil pública objetivou preservar a comunidade, assim como conferir-lhe vida digna, a partir de estruturas ligadas a água encanada, energia elétrica e esgotamento sanitário.

¹⁹⁹ Súmula 329-STJ: O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

²⁰⁰ O Superior Tribunal de Justiça já apresentava, antes da súmula, posicionamento amplo no que concerne ao manejo da ação civil pública na seara dos direitos transindividuais. Por conseguinte, a referida súmula se aplicava ao Ministério Público e também aos demais colegitimados. A saber: “Assim, não se pode negar que a

A se vislumbrar a ação de improbidade administrativa como ação civil pública, o referido acréscimo reforça a aplicação microssistêmicas das legislações respectivas. Isso porque a ação de improbidade consiste em ação civil pública que busca a tutela do patrimônio público em sua acepção ampla. Trata-se, também, de norma que pode ser utilizada como premissa para fins de diálogo normativo entre as leis regentes.

5.3 A EXISTÊNCIA DE INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE TUTELA COLETIVA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

É possível que se argumente contrariamente à legitimidade coletiva defensorial em relação à ação civil de improbidade a se apresentar outros mecanismos de tutela da moralidade administrativa. Com efeito, há legitimação *ad causam* expressa do órgão no que toca ao mandado de injunção coletivo e à ação civil pública relativa à tutela do patrimônio público. Na ação popular, nada impediria o cidadão vulnerável economicamente se dirigir à Defensoria Pública e pleitear o seu ajuizamento em face das hipóteses constitucionais, bem como poderia atuar no caso de abandono. Seriam, portanto, instrumentos de tutela coletiva da moralidade administrativa expressamente inseridos no rol de atribuições da instituição.

Ante o exposto, reforça-se, a partir dessa argumentação, o caráter excludente o silêncio legislativo quanto à ação civil por ato de improbidade, de modo que o legislador teria reputado legítima a Defensoria Pública nas situações em que entendeu cabível. Nada obstante a racionalidade presente no raciocínio apresentado, há de se examiná-lo à luz dos aspectos já trabalhados pertinentes à teoria geral da tutela coletiva.

Na senda da ação popular, não há que se falar em substituição processual inerente à ação civil pública genérica e à ação civil de improbidade administrativa. Isso porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXIII²⁰¹, confere legitimidade exclusiva ao cidadão, ou seja, aquele indivíduo dotado de capacidade eleitoral ativa. Dessarte, não há rol de legitimados como ocorre em relação à ação civil pública, nada obstante a ação popular, de fato, se preste à tutela da moralidade administrativa. O cidadão, nesse caso, possuirá

Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n. 7.347/1985)” (Alexandre de Moraes in “Direito Constitucional”, 9ª ed., p. 333-334). 10. Recurso especial desprovido” (BRASIL, 2004).

²⁰¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (BRASIL, 1988, art. 5º).

legitimidade e capacidade de estar em juízo, se, entretanto, apresentar capacidade postulatória²⁰². Portanto, conforme sobredito, o cidadão poderá ajuizar ação popular por intermédio da Defensoria Pública, o que não transmudará a condição de representante processual desse órgão.

Em outro contexto, o art. 9º da Lei nº 4.717/65²⁰³ estatui que, em caso de abandono autoral da ação, qualquer cidadão ou o Ministério Público poderá prosseguir no polo ativo da demanda popular. O entendimento majoritário, outrossim, é o de que o precitado dispositivo legal deve ser interpretado de forma dialógica, a englobar os legitimados previstos na Lei nº 7.347/85. Consectariamente, a Defensoria Pública estaria possibilitada a prosseguir no polo ativo de ação popular. Todavia, não se revela coerente pressupor a ocorrência de desídia por parte de autor de ação popular com o escopo de reputar legítimo o Órgão Defensoria para perpetrar a tutela coletiva da moralidade administrativa por esse meio.

No que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, há circunstância semelhante àquela apresentada quando da análise da ação popular. O art. 5º, inciso LXIX, do texto constitucional²⁰⁴ constitui o mandado de segurança como remédio processual voltado a coibir ilegalidades advindas da atuação de autoridades públicas ou entidades que exerçam funções públicas. Por sua vez, o inciso LXX²⁰⁵, da Constituição Federal, outorga legitimidade coletiva, para fins de mandado de segurança coletivo, a partidos políticos, organizações sindicais, assim como entidades de classe e associativas.

Enrico Francavilla (2017) concebe o mandado de segurança enquanto ação constitucional destinada, também, à tutela da moralidade administrativa. Apesar de o legislador ter silenciado em relação à moralidade administrativa, diferentemente do expediente adotado na previsão da ação popular, a proteção é possível mediante mandado de segurança coletivo. É possível a impetração de mandado de segurança com o intuito de fazer

²⁰² Por ocasião de se tratar de maior de 16 (dezesseis) e menor de 18 (dezoito) anos, dado seu alistamento eleitoral facultativo na forma do art. 14, §2º, inciso II, alínea "c", da Constituição, lhe carecerá de capacidade processual. Assim, deverá ser representado ou assistido em juízo. No que tange à capacidade postulatória, caso não se trate de advogado, essa sempre faltará ao cidadão, de modo que deverá constitui advogado mediante instrumento de mandato, ou, como afirmado, solicitar assistência jurídica gratuita perante a Defensoria Pública.

²⁰³ “Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação” (BRASIL, 1965, art. 9º).

²⁰⁴ “LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (BRASIL, 1988, art. 5º).

²⁰⁵ “LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (BRASIL, 1988, art. 5º).

cessar ilegalidade no exercício de funções públicas, embora não se preste a responsabilizar a autoridade pública ou o agente correlato (FRANCAVILLA, 2017, p. 155).

De outro lado, há celeuma a respeito da possibilidade de se tutelar direito difuso por intermédio de mandado de segurança coletivo. Isso porque a Constituição Federal se refere a partidos políticos e a entidades associativas em sentido amplo, de modo que esses legitimados apenas poderiam impetrar mandado de segurança coletivo referente a questões ligadas aos componentes dos grupos social correlato²⁰⁶. Em relação à ação civil pública por ato de improbidade, todavia, não há dissenso doutrinário significativo a respeito do seu caráter de instrumento de tutela de direito difuso, ou seja, a moralidade administrativa.

Como exemplo, admite a impetração de mandado de segurança coletivo nas hipóteses em que se viola o a realização de concursos públicos para contratação de pessoal, assim como nas situações em que se constata a violação das hipóteses de contratação emergencial²⁰⁷. Todavia, reitere-se, que a sua finalidade se distancia daquela perseguida pela ação de improbidade, além da inexistência de legitimidade coletiva da Defensoria Pública para sua impetração.

Há, ainda, ponto de vista que indica a possibilidade de a Defensoria Pública ajuizar ação civil pública cujo pedido imediato seja a condenação pecuniária em prol do ressarcimento ao erário. Trata-se de interpretação que almeja compatibilizar a imprescritibilidade, conforme o art. 37, §5º, do texto constitucional²⁰⁸, da pretensão ressarcitória em relação ao Poder Público com a previsão legal expressa do patrimônio público enquanto bem jurídico passível de tutela por meio da ação civil pública. Dessarte, o Órgão Defensorial teria legitimidade, no que tange ao dever de probidade, coletiva apenas para judicializar demanda ressarcitória, com o escopo de reparar pecuniariamente o dano causado ao Estado.

²⁰⁶ Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos (2017, p. 888) assevera que, pelo motivo mencionado, o mandado de segurança coletivo se compatibilizaria somente com os direitos individuais homogêneos e com os coletivos em sentido estrito. Ademais, afirma que a prova documental de direito líquido e certo se mostraria impossibilitada na senda dos direitos difusos, porquanto pulverizados. Por outro lado, atualmente prevalece entendimento segundo o qual se admite a tutela de direitos difusos mediante impetração de mandado de segurança coletivo. Hermes Zaneti Jr. (2001) rechaça restrição pautada na necessária prova documental de direito líquido e certo, porquanto se trata, segundo ele, de requisito de ordem processual e não relativo ao direito material em essência. Conclui, assim, que todo direito é, essencialmente, líquido e certo uma vez verificado, de forma que não há incompatibilidade com os direitos difusos (ZANETI JR., 2001, p. 78).

²⁰⁷ Esse tem sido o entendimento dos Tribunais Superiores. Cite-se o seguinte excerto jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: cf. BRASIL, STJ, 2015.

²⁰⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). §5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL, 1988, art. 37).

Nessa linha de raciocínio, Rogério Pacheco Alves (2017) reputa possível o ajuizamento, pela instituição, de ação civil pública com base na violação do art. 11 da Lei nº 8.492/92, ou seja, ante a existência de provável ato ímprobo vulnerador dos princípios inerentes à Administração Pública. A finalidade dessa ação civil pública seria precisamente o ressarcimento ao erário em face do ato ímprobo, a não englobar a pretensão sancionatória com base nas disposições do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (ALVES, 2017, p. 965).

O ponto de vista apresentado se reveste de coerência normativa e, novamente, reforçaria o caráter taxativo do rol de legitimados previstos na Lei nº 8.429/92. Contudo, não há razão de restringir o diálogo normativo através de ação civil pública volta exclusivamente a postulação ressarcitória relativo ao patrimônio público em sua acepção ampla. Seria, em verdade, conjecturar uma espécie de ação civil de improbidade *sui generis* por meio da aplicação parcial do que dispõe a Lei de Improbidade Administrativa.

Além disso, haveria, ainda, o risco de se violar o princípio do *non bis in idem*, na hipótese de o agente público vir a ser condenado duplamente a ressarcir o erário pelo mesmo fato e sob o mesmo fundamento. Esse risco existiria, por exemplo, em circunstância em que a Defensoria Pública ajuizasse ação civil pública ressarcitória em face de agente público, enquanto o Ministério Público manejassem ação civil por ato de improbidade administrativa.

Ademais, cumpre reiterar que a autonomia e o caráter disjuntivo da legitimidade ativa na seara da tutela coletiva têm propósito específico. Deborah Hensler (2009) explica que não faria sentido impor limitações à legitimidade coletiva de órgãos públicos dotados de representatividade adequada, além daquelas irradiadas da própria pertinência temática, ou seja, dos respectivos elencos de funções institucionais. Para a autora, na medida em que se alicerça a sistemática de tutela coletiva na noção de acesso à justiça, enquanto meio de proteção de direitos fundamentais de titularidade indeterminada, ela deve nortear eventuais condicionamentos.

Nesses termos, tem-se que as limitações da atuação coletiva da Defensoria Pública devem ocorrer com base na sua vocação constitucional. A partir da interpretação da sua função primordial, qual seja, aquela ligada à assistência jurídica integral e gratuita àqueles considerados necessitados, se deve fixar as balizas de sua legitimidade coletiva defensorial.

Desse modo, a existência de outros mecanismos de tutela da moralidade administrativa não representa óbice ao ajuizamento de ação civil de improbidade. Pelo contrário, acaba por reforçar a importância conferida, pelo ordenamento jurídico, a esse direito metaindividual. Não se mostra congruente admitir o funcionamento microssistêmico da tutela coletiva, mas restringi-la com base justamente o diálogo normativo intrínseco.

Por fim, esse raciocínio culminaria em um caráter subsidiário da ação civil pública por ato de improbidade, cujo respaldo normativo inexistente. No ordenamento jurídico pátrio, nas raras hipóteses em que se optou por conferir natureza subsidiária a alguma espécie de ação, se fez de forma expressa. Exemplo disso é o próprio mandado de segurança, consoante o art. 5º, inciso LXIX, do texto constitucional²⁰⁹, bem como no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, segundo o art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99²¹⁰.

5.4 PODER DE REQUISIÇÃO E A LEGITIMIDADE COLETIVA DEFENSORIAL

Nos capítulos segundo e terceiro, afirmou-se que, tanto em relação à ação civil pública geral quanto naquela destinada à salvaguarda do dever de probidade administrativa, a reunião preliminar de elementos informativo apresentam relevância singular. Na Lei nº 7.347/85, em seu art. 8º²¹¹, o legislador esclarece que, com o objetivo de instruir a petição inicial, poderá o interessado requerer informações as informações necessárias, cujo fornecimento se dará em prazo quinzenal. Trata-se de norma destinada a todos os legitimados coletivos.

Outrossim, em seu § 1º, a norma precitada confere ao Ministério Público, em consonância com o texto constitucional²¹², poder de requisição na seara de inquérito civil público, sendo àquele submetidos entes públicos e particulares. Destarte, o art. 10 da Lei nº 7.347/85²¹³ tipifica, penalmente, a conduta daquele que obstaculiza a disponibilização de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública, desde que requisitados pelo Ministério Público. Cumpre esclarecer que, consoante o princípio da estrita legalidade, inerente ao Direito Penal, a conduta daquele que recusa ou se omite no fornecimento de dados

²⁰⁹ “LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (BRASIL, 1988, art. 5º).

²¹⁰ “Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (BRASIL, 1999, art. 4º).

²¹¹ “Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los” (BRASIL, 1985, art. 8º).

²¹² “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988, art. 129);

²¹³ “Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público” (BRASIL, 1985, art. 10).

técnicos em face de requerimento oriundo de outro legitimado coletivo será, em tese, atípica do ponto de vista criminal.

De outro lado, embora a Lei da Ação Civil Pública não estatua expressamente, a judicialização de demanda coletiva temerária, ou seja, alheia a qualquer substrato informativo mínimo, pode ocasionar o indeferimento da ação. Conforme leciona Rodolfo de Camargo Mancuso, o Código de Processo Civil tem aplicação residual no âmbito do microssistema processual coletivo. Portanto, somente será aplicado nas situações em que exista lacuna normativa decorrente da análise conjunta e prioritária das legislações atreladas à tutela coletiva de direitos metaindividuais (2015, p. 106). Por conseguinte, nada obsta que a carência de elementos informativos que indique a violação de direitos transindividuais culmine do indeferimento da petição inicial pelo Juízo competente, com base em sua inépcia²¹⁴.

No campo da Lei nº 8.429/92, o legislador adotou expediente mais específico. No art. 17, parágrafos 6º e 7º²¹⁵, do diploma legal, determina-se que o instrumento da ação civil por ato de improbidade será acompanhado de indícios suficientes que indiquem a possível existência de ato ímprobo ou a motivação de não se poder apresentá-los. Em seguida, o legislador esclarece que, uma vez analisada a regularidade formal da exordial, o requerido será notificado para se manifestar. A doutrina, segundo Fábio Medina Osório, aduz que se trata de manifestação cuja natureza é de defesa prévia, porquanto anterior ao recebimento da ação (2013, p. 201).

Após a manifestação do requerido, poderá o juiz rejeitar a ação caso não considere demonstrado, minimamente, a perpetração de ato de improbidade por parte daquele. Note-se que, diferentemente do que ocorre na Lei nº 7.347/85, aqui não se recorre ao Código de Processo Civil, vez que, na ação civil por ato de improbidade, a citação somente terá lugar

²¹⁴ Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 179) aduz que a inépcia, na hipótese em comento, pode decorrer da violação dos incisos I e III, do art. 330, §1º, do Código de Processo Civil. Desse modo, o ajuizamento de demanda coletiva sem indícios mínimos de existência da lesão coletiva pode resultar em ausência material de causa de pedir, assim como revelar a inexistência de liame lógico entre os fatos e a conclusão pretendida pelo autor.

²¹⁵ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. §6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001). §7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001). §8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)” (BRASIL, 1992, art. 17).

após a referida defesa prévia, consoante o §9º do art. 17²¹⁶.

Diante desse contexto, há quem entenda pela impossibilidade de ajuizamento de ação civil por ato de improbidade diante da inexistência de atribuição da Defensoria Pública para a instauração de inquérito civil público. De fato, trata-se de instrumento exclusivamente destinado à atuação do Ministério Público, que se mostra eficaz no âmbito coletivo. No entanto, conforme explanado em capítulo anterior, o inquérito civil público não é imprescindível ao ajuizamento de ação civil público, tanto quanto o inquérito policial e o ministerial²¹⁷ não são antecedentes lógicos de eventual ação penal.

De outro lado, a interpretação e aplicação microssistêmicas das Leis de Ação Civil Pública e de Improbidade Administrativa permitem concluir que a inexistência de inquérito civil não obsta o ajuizamento das respectivas demandas coletivas. Raciocínio contrário resultaria em legitimidade exclusiva do Ministério Público, o que representaria violação do Princípio Constitucional do Acesso à Justiça na seara da tutela coletiva. Isso restringiria sensivelmente a possibilidade de tutela coletiva de direitos metaindividuais, vez que um único legitimado não seria capaz de recepcionar, efetivamente, todas as reivindicações sociais correlatas.

Demais disso, a lei nº 7.347/85, no precitado art. 8º, deixa claro que o interessado poderá requerer informações às autoridades competentes. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 1.113) explicam que o mencionado dispositivo deve ser interpretado no sentido de que aos legitimados coletivos, de forma justificada, foi conferido poder de requisição em face de entes públicos, cujas negativas deverá ocorrer motivadamente. Por sua vez, a Lei nº 8.429/92, em seu art.17, §6º, excepciona a regra na medida em que admite a justificação da ausência de elementos informativos preliminares no momento do aforamento de ação civil por ato de improbidade.

Em relação à Defensoria Pública, há previsão legal de seu poder de requisição em face de órgãos públicos, especificamente nos art. 44, inciso X²¹⁸, bem como no art. 128, X²¹⁹, da

²¹⁶ “§9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)” (BRASIL, 1992, art. 17).

²¹⁷ Não se pode descurar da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593727/MG, no sentido de admitir investigação criminal instaurada e diligenciada pelo próprio Ministério Público.

²¹⁸ “Art. 43. São garantias dos membros da Defensoria Pública da União: (...) X - requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições” (BRASIL, 1994, art. 43).

²¹⁹ “Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: (...) X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições” (BRASIL, 1994, art. 128).

Lei Complementar nº 80/94. Esse poder requisitório guarda estrita relação com suas atribuições institucionais. Portanto, poderá ser efetivamente utilizado em face de entes públicos com a finalidade de reunir elementos indiciários de prática ímproba noticiada e que se coadune com suas funções institucionais.

Cumpra ressaltar que, no julgamento da ADIN 230²²⁰, o Supremo Tribunal Federal não reputou inconstitucional o poder de requisição defensorial disposto na legislação complementar de regência institucional. No processo objetivo, o que restou consignado pelo Pretório Excelso, em referência à norma constitucional do Estado do Rio de Janeiro, foi que não poderia o Órgão Defensorial ser dotado de prerrogativas, no processo, que gerasse desequilíbrio entre as partes. Isso violaria a paridade de armas, enquanto aspecto inafastável da garantida constitucional do devido processo legal²²¹.

Contudo, no referido processo objetivo, a discussão, no Pretório Excelso restou travada na seara abstrata. Ademais, a referida norma constitucional estadual – objeto de controle concentrado de constitucionalidade – destoava da Lei Complementar nº 80/94, na medida em que aquela estendia o poder de requisição defensorial a entidades privadas, enquanto esta se limita aos entes públicos. Conquanto a norma estadual tenha sido julgada inconstitucional, a disposição legal veiculada na Lei Orgânica da Defensoria Pública remanesce hígida e aplicável.

Lado outro, na linha do que foi explanado, o diálogo normativo entre a Lei nº 7.347/85, a Lei nº 8.429/92 e a Lei Complementar nº 80/94, possibilita a requisição de informações e documentos necessários à propositura de ações civis por ato de improbidade. Por ocasião da negativa de fornecimento de acervo documental, o art. 17, §6º, da Lei de Improbidade Administrativa permite a exposição de motivos a indicar a apresentação da inicial destituída de todos os elementos informativos necessários. Por outro lado, é plenamente possível a postulação, em ação civil de improbidade, ao Juízo competente que determine a apresentação do acervo documental imprescindível à demanda coletiva.

²²⁰ Cf. BRASIL, STF, 2010.

²²¹ Cumpra esclarecer que, na discussão contida na versão final do respectivo acórdão, os Ministros salientam a impossibilidade de se criar uma espécie de superadvogado, o que geraria uma violação da isonomia, inclusive em relação ao Estado, no que diz respeito aos advogados públicos. Isso porque inexistia previsão legal de poder de requisição em favor de advogado, inclusive em relação àqueles que representam judicialmente entes públicos. De fato, isso seria incabível, vez que, como sobredito, vulneraria o devido processo legal, em seu viés de paridade de armas. Todavia, a discussão não analisou a situação específica das demandas coletivas, nas quais a noção de partes e lide é distinta, sobretudo na seara dos direitos difusos. Nessas ações, por regra, se está diante de direitos metaindividuais indisponíveis ou cuja tutela possui relevância social. Nessas hipóteses, os documentos necessários não se referirão a direitos individuais disponíveis, mas sim a situações jurídicas de singular importância. Por conseguinte, há de se fazer o necessário *distiguishing* entre a conclusão exarada no julgamento em apreço e o presente objeto de estudo.

A seu turno, o Código de Processo Civil também é aplicável no contexto em tela, mormente pelo seu caráter residual no microssistema legislativo de tutela de direitos transindividuais. Os seus artigos 396²²² e 397²²³, atinentes à exibição de documentos, alicerçam eventual requerimento fundamentado no sentido da apresentação de documentos provenientes de entidade particular. Por sua vez, a interpretação conjunta do artigo 420, inciso III²²⁴, do CPC e do art. 17, §6º²²⁵, da Lei de Improbidade, possibilita pleito referente à exibição de livros empresariais caso se justifique para fins de apuração de ato de improbidade administrativa.

Nesses termos, subsistem uma pluralidade de mecanismos legais que permitem a colheita de elementos informativos imprescindíveis ao ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade, seja extrajudicial ou judicialmente. Além disso, reitere-se o caráter prescindível do inquérito civil público para fins de manejo da referida ação, inobstante seu singular papel. Dessarte, a ausência de inquérito civil público não materializa obstáculo à legitimidade coletiva defensorial em exame.

5.5 A AUTONOMIA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Outra questão de singular importância na investigação a respeito da legitimidade coletiva defensorial no campo da ação civil por ato de improbidade é aquela inerente à autonomia da Defensoria Pública. Owen Fiss (1996), ao analisar o nascedouro das *class actions* americanas, ressalta o risco de se conferir legitimidade coletiva a órgãos públicos, vez que cada vez mais, os litígios de massa, o Estado tem integrado o polo passivo da lide. Em outras palavras, o autor salienta aspecto contraditório em se conceber órgão integrante da estrutura estatal como legitimado a judicializar demandas coletivas em face da Administração Pública (FISS, 1996, p.12).

Ademais, a discussão não passou despercebida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015) em sede da análise da segunda onda renovatória do acesso à justiça. Embora

²²² “Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder” (BRASIL, 2015, art. 396).

²²³ “Art. 397. O pedido formulado pela parte conterà: I – a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa; II – a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa; III – as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária” (BRASIL, 2015, art. 396).

²²⁴ “Art. 420. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros empresariais e dos documentos do arquivo: (...) III - quando e como determinar a lei” (BRASIL, 2015, art. 420).

²²⁵ “§6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)” (BRASIL, 1992, art. 17).

preconizassem a imprescindibilidade da legitimação de entes dotados de aptidão material e técnica para salvaguarda dos direitos metaindividuais, refutavam o elenco de órgãos diretamente ligados a estrutura do Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 124).

O motivo dessa apreensão é precisamente o risco de uma postura passiva de órgãos públicos diante de demandas que potencialmente possam vir a ser judicializadas em face da Administração Pública. Sob o prisma do Direito Administrativo, os órgãos públicos decorrem do processo de desconcentração funcional no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta. Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2007, p. 190) destaca a relação de subordinação existente entre o órgão e a entidade administrativa cujas funções foram submetidas ao processo de desconcentração, a culminar em controle finalístico do mesmo.

Assim por mais que o objetivo da desconcentração administrativa seja o aprimoramento do exercício das funções públicas, inexoravelmente haverá um conflito de interesses, mesmo que em potencial. Insta destacar que, por regra, o órgão público se liga ao Estado não só sob o viés funcional, mas também sob a vertente orçamentária. Demais disso, o controle finalístico, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 331), permite um alto grau de sindicância por parte das instâncias fiscalizatórias do Estado em relação aos órgãos públicos.

Diante do exposto, inevitável a cautela em relação à legitimação *ad causam* de órgãos destituídos de autonomia ante sua subordinação ao Estado. No que concerne ao Ministério Público, o texto constitucional originário, em seu art. 127, §2º²²⁶, já agasalhava sua autonomia funcional e administrativa. Não poderia ser diferente, visto que o desiderato do Órgão Ministerial, conquanto oriundo da estrutura estatal, foi, desde o advento do texto constitucional de 1988, a salvaguarda de direitos transindividuais e individuais indisponíveis e revestidos de relevância social. Nesse contexto, não se poderia aplicar tratamento equivalente àquele inerente aos demais órgãos públicos, qual seja, se subordinação funcional. Tal expediente resultaria em obstaculização sensível às funções ministeriais, sobretudo a se considerar o papel instrumental do Estado no que toca à realização dos direitos fundamentais.

A seu turno, à Defensoria Pública somente se conferiu, constitucionalmente, a partir

²²⁶ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. §2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento” (BRASIL, 1988, art. 127).

da Emenda nº 45/04, especificamente no art. 134, §2º²²⁷. Todavia, inicialmente, atribui-se autonomia funcional e administrativa apenas aos Órgãos Defensoriais estaduais, a não se aplicar à Defensoria Pública da União. Por outro lado, desde a referida emenda, a doutrina já erigia posicionamento em favor da autonomia defensorial. Nessa linha de raciocínio, Daniel Sarmiento (2006) vislumbra a autonomia defensorial, em relação ao ente estatal respectivo, como consectário lógico à sua condição de instituição essencial à justiça, responsável pela assistência jurídica integral ofertada aos necessitados.

Destaca o autor, em sentido similar àquele apresentado, que a natureza instrumental do Estado, assim como a reconhecida indivisibilidade dos direitos, acabou por aumentar exponencialmente as demandas contra a Administração Pública. Conforme expõe, a dimensão de judicialização de políticas públicas restou amplificada na medida em que se transcendeu a concepção de que o Estado somente deveria atuar positivamente no que toca aos direitos sociais, vez que essencialmente prestacionais. Todavia, constatou-se, ante a referida indivisibilidade, que, em alguma medida, todo direito requer contributo estatal para sua concretização (SARMENTO, 2006, p. 119).

Nessa perspectiva, não seria plausível esperar que um órgão subordinado ao Estado e, por conseguinte, destituído de autonomia pudesse ajuizar, eficientemente, ações contra o mesmo. Portanto, à Defensoria Pública restou atrelada a noção de autonomia funcional e administrativa, seja com base no texto constitucional expresso, como também por meio de interpretação teleológicas das normas constitucionais regentes das funções defensoriais.

Embora o Supremo Tribunal Federal²²⁸ já reconhecesse a autonomia da Defensoria

²²⁷ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014). § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL, 1988, art. 134).

²²⁸ A EC 45/04 reforçou a autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, ao assegurar-lhes a iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, §2º). Qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal. (BRASIL, STF, 2012). Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, bem como a prerrogativa de formulação de sua própria proposta orçamentária (art. 134, § 2º, da CRFB/88), por força da Constituição da República, após a Emenda Constitucional nº 45/2004. (...) as leis estaduais que, no exercício da competência legislativa concorrente, disponham sobre as Defensorias Públicas estaduais devem atender às disposições já constantes das definições de regras gerais fixadas pela LC nº 80/94. A lei estadual que atribui competência ao Governador de Estado de nomear ocupantes de cargos administrativos na estrutura de Defensoria Pública Estadual (Subdefensor Público-Geral, Ouvidor-Geral, Corregedor-Geral, Defensor Público-Chefe, etc.) viola a autonomia administrativa da Defensoria Pública Estadual (art. 134 e parágrafos da CRFB/88), bem como as normas gerais estabelecidas pela União na Lei Complementar nº 80/1994 pelo exercício de competência legislativa concorrente (art. 24, XIII, e §§

Pública, consoante os argumentos aludidos, o Superior Tribunal de Justiça, em relação aos honorários sucumbenciais, se posicionou de forma diversa. Segundo a súmula 421²²⁹ de sua jurisprudência, o STJ passou a entender que não poderia a Defensoria Pública postular honorários em face do ente estatal ao qual estaria vinculada. Assim, em ação entre Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina ajuizada contra aquele Estado-membro, não seriam possíveis honorários decorrentes da sucumbência deste. O mesmo ocorreria em relação à Defensoria Pública da União na hipótese de ação intentada contra o ente público federal.

O raciocínio adotado pelo STJ foi pautado no art. 381 do Código Civil, ou seja, no instituto da confusão enquanto causa extintiva obrigacional. Assim, posicionou-se no sentido de que, caso o ente estatal, restasse condenado a pagar honorários em favor do Órgão Defensorial isso acarretaria a concentração das figuras de credor e devedor no ente público. Em outras palavras, a premissa utilizada pela Corte da Cidadania era a de que os recursos orçamentários das Defensorias Públicas estaduais e da Defensoria Pública da União adviriam dos respectivos entes políticos.

Todavia, o cenário normativo mudou após a concretização do referido enunciado. Isso porque, embora inicialmente direcionada somente aos órgãos estaduais, a Emenda Constitucional nº 74/2013 incluiu o parágrafo 3º²³⁰ no art. 134 da Constituição Federal, de forma a estender a autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União. Consequentemente, reforçou-se, no texto constitucional, o caráter autônomo da instituição, a equipará-la aos demais órgãos dotados de autonomia.

De outro lado, antes mesmo da mencionada alteração constitucional, a Lei Complementar nº 132/09, ao inserir o inciso XXI²³¹, no art. 4º, da Lei Complementar nº

1º e 2º, da CRFB/88). A autonomia financeira e orçamentária das Defensorias Públicas Estaduais e a expressa menção pelo art. 134, § 4º, ao art. 96, II, todos da CRFB/88, fundamentam constitucionalmente a iniciativa do Defensor-Público Geral dos Estados na proposição da lei que fixa os subsídios dos membros da carreira. (BRASIL, STF, 2016).

²²⁹ Súmula 421-STJ: Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

²³⁰ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014). § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)” (BRASIL, 1988, art. 134).

²³¹ “Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XXI – executar e receber verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)” (BRASIL, 1994, art. 4º).

80/94, deixou claro que a Defensoria Pública poderá executar e receber verbas sucumbenciais, inobstante em face de entes públicos. Essas verbas irão compor fundo gerido pelo órgão, cuja afetação se refere exclusivamente ao seu aparelhamento, de forma a aperfeiçoar o exercício de suas funções.

Note-se que a norma não faz qualquer ressalva em relação a qualquer tipo de vinculação da instituição ao Estado, de modo que, pelo critério da especialidade, afasta-se a aplicação do instituto da confusão disposto no Código Civil. Além disso, como sobredito, a autonomia defensorial decorre, também, do próprio desenho institucional concebido pelo legislador. Em suma, a sua condição de instituição imprescindível ao acesso à justiça demanda a ausência de subordinação a qualquer ente público.

Em consonância com os argumentos apresentados, o Supremo Tribunal Federal tem, renitentemente, exposto entendimento no sentido de que a Defensoria Pública é órgão autônomo, a rechaçar mitigação de suas funções com base em vinculação com o Estado de qualquer espécie²³². Além disso, a Corte Constitucional entende cabível a condenação em honorários nos termos previstos na Lei Complementar nº 80/94, embora se trate de ente público sucumbente²³³.

Diante da reconhecida autonomia defensorial, não há obstáculo, nesse aspecto, ao ajuizamento de ações civis de improbidade pela instituição. Consoante afirmado ao longo de todo o presente estudo, o que condiciona sua atuação na seara da tutela coletiva e, por conseguinte, em relação ao manejo da referida ação civil pública, são suas funções institucionais.

5.6 AS IMPLICAÇÕES ELEITORAIS E PENAIIS

Consoante explanado em momento anterior, a ausência de previsão legal expressa, na

²³² O Pretório Excelso entende que o Estado apenas faz a arrecadação orçamentária necessária ao funcionamento do Órgão Defensorial. Não há, por conseguinte, vinculação de ordem orçamentária que venha a consubstanciar confusão patrimonial ou, inclusive, qualquer espécie de ineficácia funcional no âmbito de demandas opostas ao Estado. Nessa ótica: (...) 1. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, bem como a prerrogativa de formulação de sua própria proposta orçamentária (art. 134, § 2º, da CRFB/88), por força da Constituição da República, após a Emenda Constitucional nº 45/2004. 2. O repasse dos recursos correspondentes destinados à Defensoria Pública, ao Poder Judiciário, ao Poder Legislativo e ao Ministério Público sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês (art. 168 da CRFB/88) é imposição constitucional; atuando o Executivo apenas como órgão arrecadador dos recursos orçamentários, os quais, todavia, a ele não pertencem. 3. O repasse dos duodécimos das verbas orçamentárias destinadas ao Poder Legislativo, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando retidos pelo Governado do Estado constitui prática indevida em flagrante violação aos preceitos fundamentais esculpidos na CRFB/88. (...) (BRASIL, STF, 2016).

²³³ Cf. BRASIL, STF, 2017

Lei nº 8.429/92, da legitimidade da Defensoria Pública constituiria silêncio eloquente por parte do legislador. Dito de outra forma, ao se constatar que, no art. 17, *caput*, da referida lei, apenas se legitima o Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público interessada, a única conclusão plausível é a de que se afastou a legitimidade coletiva de qualquer outro órgão. Embora já se tenha apresentado argumentos contrários a esse entendimento, cabe examinar outro fundamento que, usualmente, é utilizado para reforçar a perspectiva legislativa de taxatividade.

Dentre outras consequências, as implicações que mais geram discussão, na seara da ação civil por ato de improbidade, são aquelas pertinentes à seara eleitoral e penal. Nada obstante a independência das esferas jurídicas ser adotada no ordenamento pátrio, sua natureza é relativa, o que significa que um mesmo fato pode refletir, concomitantemente, em diversos ramos do Direito²³⁴. Assim, no que tange à improbidade administrativa, tem-se que sua judicialização pode ocasionar sérias consequências de ordem penal e eleitoral, conquanto se refira à esfera distinta.

Na senda penal, tem-se que a mesma conduta ímproba pode se amoldar a tipos penais específicas. Conjecture-se cenário no qual determinado gestor público desvie valor público que, originalmente, estaria afetado à concretização de programas de integração de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Nessa hipótese, o gestor, além de concretizar ato de improbidade gerador de prejuízo ao erário, previsto no art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, perpetrou, possivelmente, o crime de peculato-desvio, previsto no art. 312 do Código Penal²³⁵.

Assim, o que pode ocorrer é a tramitação - simultânea ou consequente - da persecução penal e do processamento da ação civil pública por ato de improbidade. Nesse caso, no que tange à ação penal, por sua natureza pública, caberá ao Ministério Público intentá-la, após a análise de investigações prévias, mediante inquérito policial ou ministerial²³⁶. Portanto, o agente público pode ser condenado tanto criminalmente como, também, em ação civil por ato

²³⁴ Insta lembrar que a natureza jurídica do ato de improbidade e, por conseguinte, de sua judicialização pertence a área cível. Não se trata, por conseguinte, de ato tipificado como crime nem de persecução penal correlata.

²³⁵ “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário” (BRASIL, 1940, art. 312).

²³⁶ Esclareça-se que, de forma similar ao que ocorre na seara coletiva, o inquérito, embora relevante, não é condição inafastável para fins de ajuizamento de ação penal.

de improbidade. Destaque-se que, consoante o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92²³⁷, as sanções por atos de improbidade administrativa independem daquelas de natureza penal, o que significa que podem ser cumuladas.

A implicação eleitoral, a seu turno, tanto pode advir do julgamento de pedido veiculado em ação civil de improbidade, como em ação penal. A superveniência de condenação criminal transitada em julgado, na forma do art. 15, inciso III, do texto constitucional²³⁸, culmina na suspensão²³⁹ de direitos políticos. Uma vez suspensos os direitos políticos, perde-se requisito objetivo de elegibilidade, previsto no art. 14, §3º, inciso II, da Constituição Federal²⁴⁰. Lado outro, esclarece José Jairo Gomes que a inelegibilidade, como resultado de condenação criminal, também pode sobrevir de outra forma. Trata-se de condenação por crime listado no art. 1º, inciso I, alínea "e", da Lei Complementar nº 64/90²⁴¹. Caso ocorra a manutenção, por órgão colegiado no exercício de competência originária ou recursal, de decisão condenatória por algum dos tipos penais elencados na mencionada lei, o pretendo candidato se tornará inelegível (GOMES, 2017, p. 188).

De outro lado, ainda com base na LC nº 64/90, em seu art. 1º, inciso I, alíneas "g" e "I"²⁴², o processamento por atos de improbidade também pode redundar em inelegibilidade no âmbito eleitoral. Assim, caso ocorra rejeição das contas atinentes a gestão pública por ato

²³⁷ “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009)” (BRASIL, 1992, art. 12).

²³⁸ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (BRASIL, 1988, art. 15).

²³⁹ Não se desconsidera a existência de dissenso doutrinário acerca da natureza de suspensão ou perda de direitos políticos no que toca ao advento de condenação criminal transitada em julgado. Filia-se à posição que reputa suspensão dos direitos políticos em face de decisão judicial condenatória definitiva, vez que o texto constitucional estatui que remanescerá enquanto durarem os efeitos da condenação criminal (GOMES, 2017, p. 114).

²⁴⁰ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos” (BRASIL, 1988, art. 14).

²⁴¹ “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...); e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)” (BRASIL, 1990, art. 1º).

²⁴² “g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição. (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010). (...) l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)” (BRASIL, 1990, art. 1º).

doloso de improbidade, ou condenação em ação civil pública por este tipo de conduta, verificará, também, a inelegibilidade do indivíduo.

Diante do exposto, parte da doutrina afirma que as supramencionadas consequências do processamento por ato de improbidade administrativa impõem leitura restritiva da legislação regente. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli (2011, p. 382) ressalta que, além de se tratar de lei inerente ao Direito Sancionatório, as disposições da Lei nº 8.429/92 reverberam em campos sensíveis, como o eleitoral e criminal, a refletir no próprio processo democrático.

Sem embargo, o referido entendimento restritivo carece de visão microssistêmica e teleológica da tutela coletiva. Preliminarmente, não se pode descuidar da possibilidade qualquer demanda de natureza cível, tal como a que se refere a atos de improbidade, vir a refletir na seara criminal e, conseqüentemente, na eleitoral. Como sobredito, vige, no ordenamento jurídico pátrio, a independência das esferas. Isso significa, por exemplo, que ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública com o desiderato de tutelar direitos ambientais pode se referir a atos que configurem crimes ambientais previstos na Lei nº 9.605/98.

O mesmo pode ser dito em relação a ação civil pública que busque a efetivação de políticas públicas relativas a acessibilidade para pessoas com deficiência em prédios públicos. Nesse caso, é verossímil a constatação de atos de improbidade cujos resultados tenham impedido o emprego de verba pública na estruturação necessária. Nessas situações, haveria legitimidade coletiva defensorial a despeito do reflexo em outros ramos do Direito.

Ademais, na hipótese de reflexos criminais da conduta ímproba, em face de seu processamento e julgamento a partir de ação civil por ato de improbidade, há outro argumento possível. Poder-se-ia conjecturar situação em que réu em ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública se dirigisse à instituição para pleitear sua representação na persecução criminal correlata. Esse cenário idealizado merece dois caminhos de ponderação, um de ordem teórica e outro de natureza prática.

Do ponto de vista teórica, no que tange aos aspectos normativos, a atuação da Defensoria Pública em ambos os pólos processuais não desperta qualquer antijuridicidade. Pelo contrário, a interpretação sistemática do regime jurídico que rege suas funções permite essa conclusão. Para tanto, a partir do cotejo entre o que dispõe o art. 134 da Constituição com o que foi estatuído no art. 4º, incisos I e XV²⁴³, da LC nº 80/94, depreende-se que o

²⁴³ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132,

órgão pode atuar em ambos os polos processuais como decorrência do ajuizamento de ação penal privada comum ou ação penal privada subsidiária da pública. Consoante à legislação orgânica, é função institucional tanto a defesa dos necessitados como, também, o ajuizamento de ações penais privadas. Não se trata de conflito normativo, mas de vertentes de atuação distintas que, além de coexistirem paralelamente, servem ao mesmo propósito: garantir o acesso à justiça.

Trata-se de atuação como representante processual, a qual busca suprir o pressuposto processual de validade referente à capacidade postulatória. Portanto, aquele que objetiva o processamento de infração penal carece de *jus postulandi* tanto na ação penal privada comum como na ação penal privada subsidiária da pública. Diferentemente do que ocorre nas ações coletivas, nas quais se verifica o instituto da legitimação *ad causam* através de substituição processual, nas situações elencadas os autores das ações serão pessoas individualmente vislumbradas.

Portanto, sob o prisma teórico-normativo, não há óbice à atuação da Defensoria Pública em ambos os polos do processo. Lado outro, na seara prática, também não subsiste qualquer impasse. O fato de réu em ação civil pública por ato de improbidade intentada pela instituição vir a ser representado pela mesma em ação penal que figura como réu não menoscaba, em nada, as duas linhas de atuação defensorial. Outrossim, o Defensor Público que subscreva a ação civil não poderá representar o réu em ação penal em face da evidente incompatibilidade. Contudo, outro membro poderá vir a representá-lo nos moldes da distribuição de atribuições regulamentadas em atos normativos do órgão.

Note-se que não se trata de opor teses acusatória a defensiva antitéticas, mas de atuações que, reitere-se, buscam garantir o acesso à justiça. A tutela da moralidade administrativa, mediante ação civil de improbidade, demanda, sob o viés do devido processo legal, contraditório amplo, ou seja, tanto no próprio processo coletivo, como em ação penal sobre o mesmo fato. Note-se, inclusive, que o art. 372²⁴⁴ Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao CPP por intermédio de seu art. 3º, positivou entendimento jurisprudenciais longo pela admissibilidade de prova emprestada. O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, vai além ao assentir ao transporte de elementos informativos e probatório

de 2009); XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública (incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)” (BRASIL, 1994, art. 4º).

²⁴⁴ “Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório” (BRASIL, 2015, art. 372).

entre as sendas coletivas e penal²⁴⁵. Por conseguinte, se está diante de funções institucionais coexistentes abstratamente e que podem ter lugar na mesma situação fática. Não há alternatividade ou relação de exclusiva entre as mesmas.

Nesses termos, o argumento atinente às implicações penais e eleitorais, potencialmente, resultantes da tutela do dever de probidade não constitui qualquer empecilho à legitimidade coletiva defensorial. A própria Lei de Improbidade Administrativa, como já explanado, exige, para o recebimento da petição inicial, a existência de elementos informativos consistentes, de onde se extrai o rigor legislativo por meio do qual a questão restos normatizada. Além disso, não se conhece exemplo similar no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, em que as consequências de instrumento judicial sejam utilizadas como critério de fixação de legitimação *ad causam*.

Além disso, o objetivo maior da tutela do dever de probidade é a proteção do interesse público relativo à realização satisfatória dos direitos fundamentais pelo Estado. Acrescente-se, ainda, o que já foi dito em relação ao acesso à justiça democrático, o qual é materializado, também, pela aplicação do microssistema de processo coletivo. Diante disso, a interpretação microssistêmica, ou seja, sistemática e teleológica do rol de legitimados se direciona ao propósito de tutelar, efetivamente, a moralidade administrativa.

Por um lado, a previsão de sanções rigorosas e de reflexos eleitorais denota interpretação restritiva e cautelosa da legislação regente, por outro esse expediente legislativo simboliza a importância singular da preservação do dever de probidade administrativa. Com isso, a concepção microssistêmica do rol de legitimados se coaduna não apenas com o acesso à justiça democrático como com a salvaguarda do dever de probidade administrativa.

5.7 O PRECEDENTE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

O presente tópico tem o objetivo de analisar o principal precedente nacional acerca da legitimidade coletiva defensorial em sede de ação civil por ato de improbidade. A opção pelo seu exame, nessa parte do estudo, não é fruto do acaso, mas sim de opção metodológica que busca contextualizar todo o arcabouço teórico construído diante de situação prática real.

Conforme noticia Erik Paláson Boson, o precedente diz respeito ao julgamento do Agravo de Instrumento nº 70034602201, mediante o qual o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul pleiteou a extinção sem resolução meritória de ação civil pública por ato

²⁴⁵ O STF tem aceitado o transporte de elementos informativos entre inquérito civil público e inquérito policial, bem como no curso dos respectivos processos judiciais. Cf. BRASIL, STF, 2016.

de improbidade administrativa, vez que ajuizada pela Defensoria Pública (BOSON, 2016, p. 98).

Em síntese, à Defensoria Pública da comarca de Bagé, no Estado do Rio Grande do Sul, foram apresentadas uma série de denúncias escritas e verbais acerca de possíveis irregularidades administrativas no âmbito da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) daquele município. A principal suspeita de ilicitude administrativa se referia a um suposto transviamento de verbas públicas que se prestariam à construção de um Centro de Referência da Criança e do Adolescente, na qual existiria estrutura específica destinada a jovens com alguma deficiência. O autor, por fim, destaca que as referidas irregularidades já haviam culminado na inserção da APAE no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin), bem como em intervenção administrativa empreendida pela Federação Nacional da APAE.

Diante de tais fatos, o Órgão Defensorial, após instauração de Procedimento para Apuração de Danos Coletivos correlato, ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face daqueles agentes públicos potencialmente envolvidos. Destaque-se, outrossim, que o pleito liminar referente à indisponibilidade de bens e quebra de sigilo fiscal e telefônico dos demandados. Algum tempo depois, o Ministério Público postulou, perante o juízo de primeiro grau, a prolação de sentença terminativa por ausência de condição da ação, qual seja, a legitimidade *ad causam* da Defensoria Pública. Uma vez julgado improcedente tal pedido, o Órgão Ministerial impugnou a decisão mediante agravo de instrumento.

A concretizar o principal precedente judicial acerca da temática, o respectivo Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reconheceu a legitimidade coletiva defensorial a partir dos argumentos que se seguem²⁴⁶. Alicerçou-se a decisão em

²⁴⁶ O relator do Acórdão, desembargador Carlos Roberto Lofego Caníbal, lembra que a conjunção da Constituição Federal com as leis nº 7.347/85 (art. 5º, II, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07), Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 132/09) não deixa dúvidas acerca da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública não apenas na defesa dos necessitados, em atenção às suas finalidades institucionais, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, na forma da lei. De acordo com o desembargador é manifesta a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas que visem garantir, modo integral e universal, a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e garantir, acima de tudo, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. A Ação Civil Pública, conforme Caníbal, é o instrumento adequado para, também, a repressão dos atos de improbidade administrativa, que veio disciplinada na Lei nº 8.429/92. É bem verdade que em seu art. 17 traz o órgão do Ministério Público como o titular da ação por ato de improbidade administrativa, contudo, tal norma deve ser interpretada em conformidade com o ordenamento jurídico vigente e, sobretudo com a Constituição Federal, que prevê apenas a ação penal pública como de titularidade privativa do órgão do Ministério Público. Logo, a legitimidade do Ministério Público não exclui a de outros, inclusive a Defensoria Pública, afirma.

comento no art. 4º, VII, da LC n. 80/94, bem como no art. 134, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual incumbe à Defensoria Pública o manejo de todas as espécies de ações com a finalidade de proteger direitos metaindividuais titularizados por pessoas hipossuficientes.

Nessa perspectiva, o referido Tribunal considerou que, na espécie, a instituição estaria a ajuizar ação civil pública cujo desiderato cingia-se à salvaguarda do direito difuso à moralidade administrativa diante de circunstância ligada a grupo social vulnerável. Aplicou-se, por conseguinte, o conceito amplo de necessitado, a se considerar vulneráveis ou hipossuficientes²⁴⁷ os jovens com alguma deficiência cujos familiares integravam a referida associação.

Sob o prisma restritivo de leitura das funções institucionais da Defensoria Pública, reputar-se-ia ilegítima para o ajuizamento da ação em tela. Isso porque não houve, no curso das denúncias ou do processo de apuração de lesão coletiva, qualquer aferição individualizada da esfera econômica dos interessados. Reitere-se, outrossim, que dado o caráter difuso do direito à moralidade administrativo, do qual decorre o dever de probidade, o contingente de titulares é indeterminável.

Assim, ao se reputar legítima a atuação defensorial em prol do referido grupo social vulnerável, a vulnerabilidade que a justifica não é aquela de matriz econômica. Está-se diante, portanto, de outra espécie de fragilidade fática, qual seja, a de natureza organizacional. Como disposto ao longo desse estudo, a carência organizacional transcende a seara econômica, vez que inerente a cenários nos quais grupos sociais possuem características peculiares que, além de dificultar sua organização para fins de consolidação dos respectivos pleitos, requerem tratamento diferenciado.

Dessa forma, os obstáculos ao acesso à justiça enfrentados pelos integrantes dos precitados grupos não se restringem à senda econômico-financeira. Em nível de importância, cabe esclarecer, novamente, que o signo linguístico utilizado para designar essa outra espécie de vulnerabilidade não se sobrepõe à sua contextualização. Em outras palavras, é de diminuta importância o termo escolhido²⁴⁸ ao se constatar que a o estado jurídico de necessitado supera o seio econômico, a se amoldar à noção de grupos sociais vulneráveis.

Nessa linha, a eventual vinculação da APAE a indivíduos com deficiência alheios à categoria de necessitados econômicos não deslegitima a tutela coletiva de seus direitos pela

²⁴⁷ Embora o Tribunal, no acórdão, utilize a expressão *hipossuficiente*, cumpre reiterar a escolha etimológica, nesse estudo, pelo signo *vulnerável*, porquanto transcende a senda processual.

²⁴⁸ Por exemplo, se *vulnerabilidade organizacional* ou *hipervulnerabilidade*.

Defensoria Pública. Exemplo disso, em consonância com a definição de grupo social vulnerável apresentada em tópico anterior, é a dependência, em maior intensidade, de políticas públicas para o exercício satisfatório de direitos fundamentais. No caso em vislumbre, a construção do centro de referência representaria medida estatal consagradora do aspecto substantivo do Princípio Constitucional da Isonomia. Significaria que, naquele local destinado a adolescentes submetidos a medidas socioeducativas²⁴⁹, existiria estrutura específica para recepcionar aqueles que tivessem alguma deficiência, a inseri-los, de forma equânime, no processo pedagógico preconizado pelo Direito da Criança e do Adolescente.

O impasse organizacional diz respeito, também, à denominada segunda onda renovatória conjecturada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Consoante discutido, principalmente, no primeiro capítulo, esse segundo momento de releitura do conceito de acesso à justiça tem lugar no contexto da tutela de direitos transindividuais. Nesse âmbito, a ortodoxa visão de que apenas aspectos materiais obstaculizavam o acesso à justiça é superada, o que demanda não apenas a reconstrução de institutos processuais típicos, mas a sua renovação em uma perspectiva democrática.

Com efeito, sob o prisma do acesso à justiça democrático, em que há a presença de órgãos aptos a recepcionar o pleito de agrupamentos sociais vulneráveis, na situação em exame, à Defensoria Pública apresentou-se um pertinente à tutela do dever de probidade administrativa. Reconhece-se, dessarte, a presença de vulneráveis que buscaram, naquela instituição, meio de salvaguardar o direito difuso à moralidade administrativa. Assim, com base no microssistema legislativo de tutela coletiva, o órgão ajuizou a ação coletiva cabível, com o escopo de exercer sua vocação constitucional na senda dos direitos metaindividuais.

Não houve, ademais, qualquer usurpação de funções em relação aos legitimados previstos no art. 17, seja em face do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada. Do ponto de vista microssistêmico, a Defensoria Pública tem legitimidade coletiva expressamente positivada no ordenamento jurídico, de modo que a sua inexistência não pode ser atestada em abstrato, mas sim diante de hipotética ausência concreta de fato gerador de sua atuação. Dito de outro modo, a legitimidade coletiva defensorial deve ser investigada, à luz de suas atribuições institucionais, diante da hipótese fática e não de forma abstrata.

²⁴⁹ Tânia da Silva Pereira aduz que o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente pressupõe, também, a integração mútua por metodologias específicas destinadas àqueles que tenham alguma deficiência. Constitui, conclui a autora, consectário lógico da concretização da própria isonomia no caminho pedagógico priorizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (PEREIRA, p. 89, 2008).

O argumento trazido no mencionado agravo de instrumento significaria o afastamento apriorístico da legitimidade coletiva defensorial ante direito difuso de singular importância: a moralidade administrativa. Portanto, de forma similar ao que se aplica às demais espécies de ações civis públicas, a legitimidade defensorial, na ação civil por ato de improbidade administrativa, é disjuntiva e autônoma em sentido amplo. Por conseguinte, essa legitimação independe da atuação do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, sendo viável, inclusive, atuação em litisconsórcio dos colegitimados.

6 CONCLUSÃO

A Defensoria Pública é órgão cuja gênese constitucional se vinculou, desde o início, à garantia do acesso à justiça. Aos se transpor a concepção liberal clássica de que a intervenção estatal seria potencialmente lesiva ao exercício dos direitos fundamentais, concebeu-se a existência de pessoas que, diante do parco poder econômico, não estariam aptas a exercer o direito ao acesso à justiça. Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIV, em conjugação com a redação originária do art. 134, *caput*, previu que aos necessitados – aqueles destituídos de recursos suficientes – seria prestado, pelo Estado, assistência jurídica integral.

Nesse primeiro momento, criou-se serviço público específico voltado a promover o acesso à justiça de indivíduos, economicamente, carentes. Acesso à justiça, desse modo, significava recorrer ao Judiciário com o escopo de coibir a lesão – efetiva ou potencial – a direitos. A sua realização, portanto, dependia apenas da criação de mecanismos formais capazes de facilitar o ajuizamento de ações individuais. Trata-se de época em que o Direito Privado era a principal arena dos conflitos sociais, vez que os direitos sociais, cuja previsão representou inovação no texto constitucional de 1988, ainda eram vistos como mera declaração de direitos. Nesse contexto, preponderavam os conflitos entre pessoas individualmente aferíveis.

Diante disso, o conceito de *necessitado*, para fins de atuação da Defensoria Pública, se restringia ao sujeito destituído de capacidade econômica mínima. Assim, vislumbrava-se, à época, que a assistência jurídica integral gratuita e o benefício da Justiça Gratuita sanariam a maior parte dos impasses existentes no campo do acesso à justiça. Com efeito, desde então o suporte jurídico em prol daqueles economicamente necessitados traduz parcela robusta das funções da instituição.

Por outro lado, as alterações estruturais na sociedade, sobretudo aquelas ligadas às reivindicações por ações estatais voltadas à concretização e à tutela de direitos fundamentais, assim como à pulverização dos meios de comunicação, culminaram no surgimento de novas formas de conflito. Danos a direitos ambientais, do consumidor e à saúde não se mostravam passíveis de tutela eficiente por meio do paradigma processual individualista e pautado em direitos individuais típicos. Surgem novos entraves ao acesso à justiça, de forma que este passa a demandar viés democrático em sua construção. Está-se diante do que Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015) denominaram de segunda e terceira ondas renovatórias do acesso à justiça.

Enquanto na segunda busca-se a releitura dos institutos processuais tradicionais, a fim de que se adaptem aos direitos metaindividuais, na terceira busca-se o estabelecimento de órgãos capazes de recepcionar os pleitos difusos da comunidade e conferir-lhes contorno jurídico. Órgãos cuja matriz democrática reside, principalmente, na promoção da tutela de demandas coletivas, cujo conteúdo se reveste de relevância social. Dessarte, a Defensoria Pública constitui um dos órgãos cuja vocação constitucional se liga à realização do regime democrático.

Contudo, a ótica restritiva segundo a qual o Órgão Defensorial somente deveria atuar em favor daqueles cujas esferas econômicas, individualmente aferidas, inviabilizassem o acesso à justiça não se compatibilizava com a sua legitimação *ad causam* coletiva. Em um estágio inicial, ante a inexistência de previsão legal no art. 5º, da Lei nº 7.347/85, admitia-se a legitimidade coletiva defensorial alicerçada no art. 82, inciso III, da Lei nº 8.078/90. Todavia, a positivação legal expressa da legitimidade coletiva defensorial pela Lei nº 11.448/07 recrudesceu a discussão, ao ponto de o Supremo Tribunal Federal ser instado a analisar a constitucionalidade da legitimação da Defensoria Pública ao ajuizamento de ações coletivas. O principal questionamento cingia-se à incompatibilidade entre a vulnerabilidade econômico-financeira e a tutela de direitos metaindividuais.

Dessa forma, o STF, ao julgar a ADIn nº 3943/DF, fixou entendimento de que o Órgão Defensorial teria legitimidade coletiva em relação à tutela de todas as espécies de direitos transindividuais, inclusive os difusos. Nesse julgamento, admitiu-se a ampliação do conceito de *necessitado*, a englobar os denominados grupos sociais vulneráveis, cuja fragilidade transcende questões estritamente ligadas a recursos materiais. É o caso, por exemplo, dos idosos, das crianças e de todos aqueles que necessitam da efetiva concretização de políticas públicas relacionadas à saúde pública.

De outro lado, uma vez reconhecida a legitimidade coletiva defensorial para fins de salvaguarda dos direitos difusos, emerge ponderação referente à moralidade administrativa. A constituir princípio constitucional e, também, direito titularizado por todos os indivíduos em face da Administração Pública, investigou-se a viabilidade de sua tutela por intermédio da Defensoria Pública. A se verificar o caráter difuso do direito à moralidade administrativa, bem como do correspondente dever de probidade administrativa, questionou-se a legitimidade defensorial para fins de ajuizamento da respectiva ação civil pública.

A partir do referencial teórico depreendido da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015), segundo o qual a tutela coletiva requer a previsão de órgãos dotados de representatividade adequada e viés democrático, confrontaram-se os argumentos contrários a

essa legitimação. Preliminarmente, foi examinado o posicionamento limitativo existente de que, mesmo em sede de ações coletivas, as funções defensoriais estariam condicionadas à carência material dos interessados, a se tentar conjugar a ótica pretérita à decisão do STF com a conjuntura atual. Contudo, esse raciocínio padece de duas incongruências essenciais: uma teórica e outra prática.

A primeira diz respeito ao fundamento da própria tutela coletiva, mormente em relação aos intitulados direitos individuais homogêneos. O principal fundamento para mecanismos diferenciados e, inclusive, principiologia específica, na senda metaindividual, é a relevância social inerente. Os conflitos de massas e danos coletivos correlatos afetam, por regra, número indefinido de pessoas, a vulnerar uma diversidade de direitos fundamentais, como nos casos pertinentes a questões ambientais e vinculadas à saúde pública. A judicialização efetiva de demandas desse jaez apresenta, em regra, relevância social, a justificar, por exemplo, tutelas inibitórias específicas, assim como a flexibilização de institutos processuais com o desiderato de exame meritório.

A segunda, de ordem prática, concerne à impraticabilidade de se singularizar o estado econômico de cada interessado, expediente este que, caso não a impossibilitasse, tornaria a tutela coletiva excessivamente morosa. Por conseguinte, o estado de vulnerabilidade que enseja, nesse cenário, a atuação defensorial não se adstringe à econômica. Trata-se da carência organizacional pertinente aos denominados grupos sociais vulneráveis.

De outro lado, reitere-se que o microssistema legislativo de tutela coletiva engloba não apenas as legislações de natureza processual, mas também as normas alusivas às atribuições constitucionais inerentes aos órgãos dotados de legitimados, dentre eles a Defensoria Pública. Portanto, sua legitimidade coletiva, assim como a dos demais colegitimados, não é incondicionada nem irrestrita. Consectariamente, o Órgão Defensorial será legitimado *ad causam* para manejar ações coletivas que se refiram a pessoas necessitadas em sentido amplo. Devem-se priorizar aqueles casos em que a vulnerabilidade econômica se conjugue com a de caráter organizacional, sem, entretanto, concebê-la como condição inafastável.

Lado outro, ressaltou-se a natureza coletiva da ação civil por ato de improbidade administrativa, assim como, em especial, seu processamento mediante a interpretação sistemática do microssistema de processo coletivo. Como demonstrado, entende-se que a Lei nº 8.429/92 reclama diálogo normativo com outras legislações, a exemplo da Lei nº 7.347/85, para que se possa processar e julgar adequadamente demandas relacionadas a atos de improbidade. Buscou-se, portanto, examinar o referido diálogo normativo no que toca especificamente à legitimidade ativa no campo da ação civil pública por ato de improbidade

administrativa.

A Constituição Federal, ao prever, em seu art. 134, *caput*, a legitimidade coletiva defensorial, no âmbito dos direitos difusos, a condicionou somente a condição de necessitado ínsita aos indivíduos interessados. Afastar a referida legitimidade no que tange à moralidade administrativa encontra óbice, não apenas na interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional e legal, como, também, na indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Ao se constatar que, em tese, qualquer direito fundamental pode, no mundo fático, se apresenta de forma difusa, não se mostra congruente selecionar os direitos difusos passíveis de tutela pela Defensoria Pública. Como sobredito, a restrição aplicável à sua legitimação coletiva diz respeito à verificação concreta de vulnerabilidade, econômica ou organizacional, e não as espécies de direitos difusos em jogo. Note-se, ainda, que a violação do dever de probidade, por parte de agentes públicos, pode resultar na vulneração sistemática de uma série de direitos, em maior intensidade daqueles titularizados por grupos sociais vulneráveis. Evidencia-se, conseqüentemente, a relevância singular da preservação da moralidade administrativa.

Ademais, no último capítulo, foram trabalhadas hipóteses antitéticas consistentes em argumentos, usualmente, contrários à aludida legitimidade coletiva defensorial. Destacou-se que. Questões como a existência de outros mecanismos de tutela da moralidade administrativas, implicações penais e eleitorais correlatas, silêncio legislativo eloquente, além de outros aspectos práticos. Afora o que já foi dito, cumpre esclarecer que a instrumentalização prática da atuação da Defensoria Pública e os impasses inerentes não a tornam ilegítima. O que, de fato, pode ocorrer é a sua ilegitimidade circunstancial, em hipótese na qual haja distanciamento de suas atribuições institucionais.

Em suma, a legitimidade coletiva da Defensoria Pública para fins de ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade se alicerça nos preceitos comuns à teoria geral da tutela coletiva. É, por conseguinte, autônoma, disjuntiva e condicionada apenas pelas normas constitucionais e legais regentes de suas funções institucionais. Não é irrestrita ou incondicional sua legitimidade, assim como ocorre em relação aos demais órgãos legitimados. Em abstrato, enfim, é plausível conceber sua legitimidade coletiva, o que não impede a análise judicial, em sede de aferição de certificação da representatividade adequada, se a hipótese se coaduna com as suas funções institucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Editora Del Rey, 2007.

ALVES, Adamo Dias; GOMES, D. F. L.; OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. **Constitucionalismo e teoria do estado**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda., 2013.

ALVES, Cleber Francisco. Igualdade no Acesso à Justiça: A assistência jurídica numa perspectiva comparada: Brasil, França e Suécia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis**, v. 5, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. O desafio da efetivação dos direitos: a Defensoria Pública diante da crise da Constituição. **Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Acesso à justiça como direito fundamental & Defensoria Pública**. Curitiba: Juruá, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AYNES, K.; SCHONBERG, Rene Von. **Discourse and democracy: essays on Habermas' between facts and norms**. New York: Suny Press, 2002.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo**. Temas de Direito Processual, Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e**

Política no Brasil Contemporâneo (on-line). Documento eletrônico, 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em 20 nov. 2016.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira. **Direito, estado e sociedade**, n. 36, pp. 46-73, jan/jun 2010. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/3bezerra36.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Quaestio Iuris**, vol. 01, n. 02, Rio de Janeiro, 2005. pp 27-63. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11615/9099>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Teoria geral do estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 17 jun 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 17 jun 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 jun 2017.

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (de 25 de março de 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Carta de Lei, 25 de março de 1824.

_____. **Emenda Constitucional nº 80**, de 4 de junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

_____. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

_____. **Lei complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993a. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

_____. **Lei Complementar nº 80**, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Revogada pela Lei nº 13.105 de 2015.

_____. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de

responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

_____. **Lei nº 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993b. Dispõe sobre a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério público dos Estados e dá outras providências.

_____. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993c. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

_____. **Lei nº 13.300**, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo regimental no recurso especial nº 1.389.490/RJ 2013/0185360-9. Rel. Min. Herman Benjamin. T2 Segunda Turma. Julgado em 16 de junho de 2015, publicado em **DJe 05/08/2015**. Processual civil e administrativo. Ação de improbidade administrativa. Procurador regional da república. Perda do cargo. Foro por prerrogativa de função. Inexistência.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº 1.043.307/RN 2008/0065102-8. Rel. Min. Herman Benjamin. T2 Segunda Turma. Julgado em 24 de março

de 2009, publicado em **DJe 20/04/2009**. Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Competência do local do dano.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 192.242-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 22/03/2011. **Info 467**, STJ. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14493349&num_registro=201002237045&data=20110404&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 12 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 20335/DF 2013/0237766-0. Rel. Min. Benedito Gonçalves. S1 Primeira Seção. Julgado em 22 de abril de 2015, publicado em **DJe 29/04/2015**. Ementa: Administrativo e processual civil. Mandado de segurança coletivo. Contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Direito líquido e certo inexistente.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401.964/RO 2001/0193702-1. Rel. Min. Luiz Fux. T1 Primeira Turma. Julgado em 22 de outubro de 2002, publicado em **DJ 11/11/2002**, p. 155, RMP vol. 21 p. 388, RSTJ vol. 168, p. 125. Ementa: Ação Civil Pública. Legitimidade. Ministério Público. Dano ao erário público.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 510.150/MA 2003/0007895-7. Rel. Min. Luiz Fux. T1 Primeira Turma. Julgado em 17 de fevereiro de 2004, publicado em **DJ 29/03/2004**, p. 173, RNDJ vol. 54 p. 112. Ementa: Administrativo e processual. Improbidade administrativa. Ação Civil Pública.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 735.424/SP 2005/0045006-3. Rel. Min. Eliana Calmon. T2 Segunda Turma. Julgado em 8 de maio de 2007, publicado em **DJ 18/05/2007**. Ementa: Administrativo e processual civil. Ação civil pública. Legitimidade. Ministério Público. Pedido de reparação de danos causados ao erário. Possibilidade. Art. 13 da Lei 7.347/85. Indenização recolhida ao fundo. Fundo. Violação do art. 538, parágrafo único do CPC: exclusão. Súmula 98/STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 912.849/RS 2006/0279457-5. Rel. Min. José Delgado. T1 Primeira Turma. Julgado em 26 de fevereiro de 2008, publicado em **DJ 28/04/2008**, p. 1. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 945.238/SP 2006/0114369-1. Rel. Min. Herman Benjamin. T2 Segunda Turma. Julgado em 9 de dezembro de 2008, publicado em **DJe 20/04/2008**. Ementa: Processual civil. Ação popular. Migração de ente público para o pólo ativo após a contestação. Preclusão. Não-ocorrência.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.043.307/RN 2008/0065102-8. Rel. Min. Herman Benjamin. T2 Segunda Turma. Julgado em 24 de março de 2009, publicado em **DJe 20/04/2009**. Ementa: Processual Civil e administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Competência do local do dano.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.213.614/RJ 2010/0169344-0. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. S2 Segunda Seção. Julgado em 13 de abril de 2016, publicado em **DJe 18/04/2016**. Ementa: Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Associação. Ação Civil pública. Propositura. Legitimidade ativa. Dissídio não caracterizado.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.279.586/PR 2011/0222282-4. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. T4 Quarta Turma. Julgado em 3 de outubro de 2017a, publicado em **DJe 17/11/2017**. Ementa: Recurso Especial. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Ação Civil Pública. Petição inicial inepta. Pedido genérico. Emenda após a constatação. Ações individuais. Jurisprudência vacilante. Ações coletivas. Possibilidade. Princípio da efetividade. Instrumento de eliminação da litigiosidade de massa.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.108.542/SC 2008/0274228-9. Rel. Min. Castro Meira. T2 Segunda Turma. Julgado em 19 de maio de 2009. Publicado em **DJe 29/05/2009**. Ementa: Processual civil. Ação civil pública. Reparação de danos ao erário. Sentença de improcedência. Remessa necessária. Art. 19 da Lei nº 4.717/64. Aplicação.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.374.232/ES 2013/0071801-5. Rel. Min. Nancy Andrighi. T3 Terceira Turma. Julgado em 26 de setembro de 2017c. Publicado em **DJe 02/10/2017**. Ementa: Processual civil e consumidor. Recurso especial. Planos de saúde. Reajustes do "programa de readequação". Omissão, contradição ou erro material. Ausência. Remessa necessária. Ação coletiva. Direito individuais homogêneos. Não cabimento.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.669.185/RS 2017/0098505-6. Rel. Min. Herman Benjamin. T2 Segunda Turma. Julgado em 5 de setembro de 2017b, publicação: **DJe 20/10/2017**. Ementa: Ambiental. Ação civil pública. Violação do art. 1.022 do CPC. Não ocorrência. Cumulação de ação de obrigação de fazer com indenização. Possibilidade de reparação total da área degradada. Pedido indenizatório deferido. Princípios da reparação integral, do poluidor-pagador e do usuário-pagador. Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) com a de pagar quantia certa (indenização). Reductio ad pristinum statum. Dano ambiental intermediário, residual e moral coletivo. Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Interpretação in dubio pro natura da norma ambiental. Revisão de posicionamento do tribunal a quo.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.177.453/RS 2010/0014773-0. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. T2 Segunda Turma. Julgado em 24 de agosto de 2010, publicação: **DJe 30/09/2010**. Ementa: Processual civil. Ação civil pública. Microssistema de

tutela de direitos coletivos (em sentido lato). Ilegitimidade ativa. Aplicação, por analogia, dos arts. 9º da lei n. 4.717/65 e 5º, §3º, da lei n. 7.347/85. Possibilidade. Abertura para ingresso de outros legitimados para ocupar o pólo ativo da demanda. Extinção sem resolução de mérito. Medida de *ultima ratio*. Observação compulsória das regras de distribuição de competência absoluta.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na ADIn 3943/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, julgado em 6 e 7/5/2015. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade, legitimidade ativa da defensoria pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. II, da lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da lei n. 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *strito sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da defensoria pública. Ação julgada improcedente. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548579>>. Acesso em 23 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na ADIn 230/RJ**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Repte.(S): Governadora do Estado do Rio de Janeiro, Adv.(A/S): Jose Eduardo Santos Neves, Adv.(A/S): Marcello Mello Martins e Outros, Intdo.(A/S): Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Plenário, julgado em 01/02/2010. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Defensor público estadual: garantias e prerrogativas. Art. 178, inc. I, alíneas f e g, II e IV da Constituição do Rio de Janeiro (renumerados para art. 181, inc. I, alíneas f e g, II e IV).

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 1.193.248/MG. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma, julgado em 24/4/2014. **Informativo de Jurisprudência**, n. 540, Brasília, 28 de maio de 2014. Ementa: Direito constitucional e administrativo. não configuração de ato de improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270540%27>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 106.394/MG. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Brasília, 30 out. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 220, 7 nov. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3391058>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do código de processo civil**. Brasília: Senado,

1974.

CALMON DE PASSOS, J. J. O problema do acesso à justiça no Brasil. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, jul./set., 1985.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 5. reimpr. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, vol. 5, separata, São Paulo, jan./mar., 1977, pp. 128-159.

_____. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. 1. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2015.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma fenda na Justiça**: a Defensoria Pública e a construção de inovações democráticas. São Paulo, Editora Hucitec, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CICHOCKI, José Neto. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1999.

CROSSELY, Nick. **After Habermas**: new perspectives on the public sphere. Oxford, UK: Blackwell, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven-London: Yale University Press, 1986.

DAVIS, Martha F. **Participation, equality and the civil right to counsel**: lessons from domestic and international law. Yale Law Journal, Forthcoming, 5 mar. 2013; Northeastern University School of Law Research, paper n. 131. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2228814>>. Acesso em 21 ago. 2017.

DEFENSORIA Pública de SP ajuíza ação civil pública em favor de comunidade quilombola de Bombas, em Iporanga. **Comunidades quilombolas do Vale do Ribeira**. S/D. Disponível em: <<http://www.quilombosdoribeira.org.br/node/187>>. Acesso em: 07 de out. de 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1, 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. Vol. 4, 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Instituições de direito processual civil**. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007. p. 291-298.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública**: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O acesso à jurisdição constitucional como caminho para a sua democratização. *In*: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). **Coletânea de estudos jurídicos**. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

_____. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2010.

FISS, Owen. **The political theory of class actions**. Washington & Lee Law Review, vol. 53, 1996, p. 21-31.

FRANCAVILLA, Enrico. **Mandado de segurança: teoria e prática**, 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

FRANCIONI, Francesco. The rights of access to justice under customary international law. *In*: _____ (Coord.). **Access to justice as a human right**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. Vol. I, Tomos I e II, 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

GARCIA, Emerson. A legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação civil pública: delimitação de sua amplitude. Breves Apontamentos. **Conteúdo jurídico**, Artigos. Publicado em 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-legitimidade-da-defensoria-publica-para-o-ajuizamento-da-acao-civil-publica-delimitacao-de-sua-amplitude-br,25713.html>>. Acesso em 21 jun. 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Acesso à justiça e o código de defesa do consumidor**: o processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

_____; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil Law e common law**. Uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Edição Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. Tradução Carlos Alberto Marques Novaes. **Revista Novos Estudos Cebrap**, n. 18, set. 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HENSLER, Deborah. The globalization of class actions: an overview. *In: The annals of the american academy of political and social science*, vol. 622, 2009, p.7-29.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: O breve século XX, 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed., 33ª reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

KIRCHNER, Felipe; KETTERMANN, Patrícia. A legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. **Revista dos tribunais**, vol. 929, mar. 2013. pp. 361-415.

KUBLISCKAS, Márcio Wellington. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. **Revista de Processo**, vol. 206, 2012, p. 167 e ss.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Ação popular constitucional. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 01. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. **ABDPC** (on-line), 2012. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20%20formatado.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. A “intervenção móvel” da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art. 6º, § 3º, da LAP e art. 17, § 3º, da LIA). *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O Inquérito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. Atualizada por Eurico Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa**. São Paulo: RT, 2007.

MORA, Antonio; GARCIA, María José Imbernón. **El libro del defensor del pueblo**. Madrid: Defensor Del Pueblo, 2003. Disponível em: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/06/LDP_I_origen.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na Construção do Estado de Justiça. **Revista de direito da Defensoria Pública**, ano 1, n. 1, Rio de Janeiro, 1988.

MORGADO, Isabel Salema. **Uma ética para a política**: a teoria da ação comunicativa e a questão da legitimação ético-política nas sociedades contemporâneas. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability in new democracies. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond; PLATTNER, Marc F. (eds). **The self-restraining state**: Power and Accountability in New Democracies. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

OLIVEIRA, Andréa. C. J. **Lobby e representação de interesses**: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas. Campinas: Unicamp, 2004.

OSÓRIO. Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. Direitos e interesses. (Re)pensando a relação para além de uma compreensão semântica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1656, 13 jan. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10835>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMÓN REAL, Alberto. Los métodos de interpretación constitucional. **Revista de Direito Público**, v. 13, n. 53/54, pp. 50-57, jan./jun. 1980.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. Vol. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. 1. ed. São Paulo: Russel, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Paradoxos do liberalismo teoria e história**. São Paulo: Co-Edição Vértice e IUPERJ, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis**: A proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2013.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SHAW, Malcolm. **International law**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. Defensor do povo: contribuições do modelo peruano e do instituto romano do tribunate da plebe. **Direito, estado e sociedade**, v. 30, p. 146-155, Jan./Jun., 2007.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Editorial Forum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. ADI 3.943: A pertinência dos embargos para declaração sobre a necessidade (ou não) da comprovação de hipossuficiência e a explicitação acerca do conceito de carência de recursos. **Legal Opinion**, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/streck-defensor-debatem-competencia1.pdf>> Acesso em 10 ago. 2017.

_____. Para Defensoria Pública do RS, delegado de polícia é hipossuficiente! **Consultor Jurídico**, 29 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/senso-incomum-defensoria-publica-rs-delegado-policia-hipossuficiente>> Acesso em 10 ago. 2017.

TÁCITO, C. Ombudsman: O Defensor do povo. **R. dir. adm.**, Rio de Janeiro, n. 171, Jan./Mar., 1998. pp. 15-26. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45696/44035>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional – Originalidades históricas e tipicidade latino-americana. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 29, p. 245-262, 2014.

TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. **Acesso à justiça qualitativa**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Um veto providencial ao novo código de processo civil. **Consultor Jurídico**, 17 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. Coleção o novo processo civil. São Paulo: RT, 2016. 637 p.

VOLIO, L. G. The institution of the Ombudsman: the latin american experience. **Revista IIDH**, vol. 37, 2003. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08066-5.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Vol. II, Processo Coletivo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WEIS, Carlos. Direitos humanos e Defensoria Pública. **Boletim IBCrim**, ano 10, n. 115, jun. 2002.

ZANETI JR., Hermes. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.